

LE DROIT DE RÉOLUTION DANS LE CONTRAT DE VENTE

**Sanction de l'inexécution
des obligations contractuelles**

ETUDE DE DROIT SUISSE

THÈSE

PRÉSENTÉE À LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE
POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

PAR

GUY STANISLAS

DE

GENÈVE (SUISSE)

THÈSE N° 630

1977

GENÈVE

LIBRAIRIE DE L'UNIVERSITÉ

GEORG & C^{ie} S.A.

1979



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545927_0008

LE DROIT DE RÉOLUTION
DANS LE CONTRAT DE VENTE

**LE DROIT DE RÉOLUTION
DANS LE CONTRAT DE VENTE**

**Sanction de l'inexécution
des obligations contractuelles**

ETUDE DE DROIT SUISSE

LE DROIT DE RÉOLUTION DANS LE CONTRAT DE VENTE

**Sanction de l'inexécution
des obligations contractuelles**

ETUDE DE DROIT SUISSE

THÈSE

**PRÉSENTÉE À LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE
POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT**

PAR

GUY STANISLAS

DE

GENÈVE (SUISSE)

THÈSE N° 630

**GENÈVE
LIBRAIRIE DE L'UNIVERSITÉ
GEORG & C^{le} S.A.**

1979

La Faculté de droit autorise l'impression de la présente
dissertation sans entendre émettre par là aucune opinion sur
les propositions qui s'y trouvent énoncées.

Genève, le 21 décembre 1977.

Le doyen :
Ch.-A. JUNOD.

Thèse N° 630.



AVANT-PROPOS

Je désire adresser mes remerciements les plus chaleureux à M. Herbert SCHÖNLE, professeur à la Faculté de Droit de Genève, qui a contribué comme nul autre à ma formation juridique. Je lui exprime ma profonde gratitude pour ses directives, ses conseils et le soutien constant qu'il m'a toujours si aimablement accordé.

Que M. Hans GIGER, professeur à la Faculté de Droit de Zürich et auteur du récent commentaire bernois sur le droit de la vente, ainsi que MM. Gilles PETITPIERRE et Hubert BAUER, professeurs à la Faculté de Droit de Genève, trouvent ici l'expression de mes remerciements pour l'intérêt qu'ils ont apporté à mon travail.

G.S.

Genève, décembre 1977

ABRÉVIATIONS

AcP	Archiv für die civilistische Praxis.
AG	Appellationsgericht.
Anm.	Anmerkungen.
ASR	Abhandlungen zum schweizerischen Recht.
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral, Lausanne.
Aufl.	Auflage.
BB (Betr. Ber.)	Der Betriebs Berater, Heidelberg.
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896.
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal fédéral allemand).
BGHZ	Entscheidungen des deutschen Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, Detmold.
BJM	Basler Juristische Mitteilungen, Bâle.
Code civ.	Code civil français du 21 mars 1804.
HG	Handelsgericht.
HGB	Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897.
JT	Journal des Tribunaux, Lausanne.
KG	Kassationsgericht.
LPC	Loi de procédure civile genevoise.
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht, Hambourg .
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Münich et Berlin).
OG	Obergericht.
RDS	Revue de droit suisse, Bâle.
Rep.	Repertorio di Giurisprudenza patria, Bellinzona.
RGKomm.	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern.
RGZ	Entscheidungen des Deutschen Reichsgerichts in Zivilsachen, Leipzig.
RJV	Revue valaisanne de jurisprudence.
s., ss.	et suivante(s).
SemJud	Semaine judiciaire, Genève.

SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung = Revue suisse de jurisprudence, Zurich.
Vorb.	Vorbemerkungen.
WM	Wertpapier-Mitteilungen.
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins = Revue des juristes bernois, Berne.
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung, Zurich.
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse, Bâle.

PREMIÈRE PARTIE

LA RÉSOLUTION

Chapitre premier

Aperçu historique.

Chapitre II

Le droit de résolution.

Chapitre III

Les effets de la résolution sur les prestations effectuées.

Chapitre IV

Délimitation terminologique.

Chapitre V

Réparation du dommage en cas de résolution.

INTRODUCTION

Le problème de l'inexécution des obligations conventionnelles est un aspect essentiel et primordial de la théorie générale du droit des obligations. En effet, tout contrat et notamment le contrat de vente renferme souvent un terme entre la conclusion du contrat et l'exécution des obligations qui en découlent. Ceci est particulièrement accentué à l'époque actuelle où l'accroissement des rapports commerciaux et l'échange des biens et services mettent en valeur ce décalage entre la formation des contrats et leur exécution¹. En outre, même lorsque la conclusion et l'exécution du contrat ont lieu simultanément, un co-contractant peut exécuter imparfaitement ses obligations, ainsi en livrant une chose qui ne présente pas les qualités promises.

Il existe environ une dizaine de cas d'inexécution des obligations contractuelles, de ce que les juristes allemands appellent des « *Leistungsstörungen* », c'est-à-dire des troubles dans l'exécution des prestations².

La résolution apparaît comme une sanction attachée à l'inexécution des obligations contractuelles. Il s'agit de la sanction la plus grave, par laquelle il est mis fin à un rapport contractuel. Les contrats étant faits pour être exécutés, le droit de résolution du créancier, en tant que moyen de se départir du contrat, a une place quelque peu à part dans le domaine des sanctions attachées à l'inexécution des obligations conventionnelles. Le droit de résolution, par ses origines, par sa mise en valeur, par ses conséquences, est, à notre sens, un des domaines les plus controversés et les moins bien compris du droit des obligations. Notre propos, en abordant cette étude qui — apparaissant certes comme théorique et dogmatique — n'exclut toutefois pas un certain intérêt pratique, est de jeter sur ce domaine une lumière plus vive, un regard plus pénétrant et plus logique. Nous nous efforcerons d'apporter une interprétation téléologique et dogmatique à certaines dispositions du Code des obligations, d'en tirer les conséquences logiques sur le plan du droit positif et de conclure enfin à quelques considérations de *lege ferenda* dans les cas où l'interprétation de certaines normes légales conduirait à des résultats choquants.

La présente étude est divisée en quatre parties. Tout d'abord, nous nous consacrerons à l'étude de la résolution du contrat, ses origines, ses effets et sa délimitation par rapport à d'autres sanctions attachées à

¹ Postacioglu, *loc. cit.*, p. 7.

² Schönle, *loc. cit.*, p. 466.

l'inexécution des obligations contractuelles (Partie I). Ensuite, nous étudierons le droit de résolution comme sanction de différents cas d'inexécution du contrat de vente : demeure du débiteur (Partie II), garantie en raison des défauts de la chose vendue (Partie III) et garantie en cas d'éviction (Partie IV).

Enfin, pour ne pas donner trop d'ampleur à notre étude, nous nous concentrerons uniquement sur le domaine de la vente mobilière et immobilière en droit suisse, laissant notamment à l'écart les problèmes soulevés par les ventes à tempérament.

CHAPITRE PREMIER

APERÇU HISTORIQUE

Le droit de résolution est une création relativement nouvelle¹. « La résolution de contrats pour inexécution par l'une des parties n'est pas un fait primitif dans le développement des institutions »² et ce n'est qu'au XVII^e siècle pour le droit français, et deux siècles plus tard pour le droit allemand, que le droit de résolution finit par être admis³. Peut-être à cause du fait que les juristes « ont dû, pour le proclamer, secouer la tradition romaine, qui était contraire »⁴.

A LE DROIT ROMAIN

I. *Le droit de résolution*

La résolution est une institution dont l'évolution commence avec le droit romain et dont le perfectionnement se poursuit à travers les siècles. Le droit romain n'a pas érigé comme principe général la résolution du contrat pour inexécution des obligations.

On considérait que l'engagement était si fort, que le caractère consensuel du contrat était si marqué, « dass man nicht durch eigenmächtige Lossagung vom Vertrag gefährden wollte und konnte »⁵.

Le créancier n'avait que le droit d'exiger l'exécution du contrat et se voyait ouvrir, à cette fin, des voies rigoureuses⁶.

¹ Leser, *loc. cit.*, p. 287.

² Planiol-Ripert-Boulanger, *loc. cit.*, N° 517.

³ Le droit commun ne connaissait pas le droit de résolution pour inexécution des obligations. Cf. *infra*, p. 10 s.

⁴ Capitant, *loc. cit.*, p. 324.

⁵ Leser, *loc. cit.*, p. 287.

⁶ Toutefois, le droit romain permettait au créancier de repousser l'action de l'autre partie, tant que celle-ci n'offrait pas d'exécuter son engagement (*exceptio non adimpleti contractus*) ; voir Planiol-Ripert-Boulanger, *loc. cit.*, N° 517. En outre, le vendeur était protégé contre le non-paiement de son acheteur en ce sens qu'il gardait la propriété de la chose vendue jusqu'au paiement du prix (même après la tradition) ; cf. Capitant, *loc. cit.*, p. 325.

Toutefois, si le droit romain n'accordait pas à une partie le droit de se départir du contrat dans les contrats consensuels, comme la vente, on ne saurait conclure hâtivement qu'il ne connaissait pas la résolution pour inexécution⁷. Ainsi, pour les contrats innomés, même en l'absence de clause spéciale, la partie qui s'était exécutée et qui n'obtenait pas la contreprestation promise pouvait agir en restitution de la chose livrée, ceci en vertu de la *condictio ob causam*, *ob rem datam causa data causa non secuta* ; sanctionnant l'enrichissement sans cause, l'intervention judiciaire se révélait alors indispensable⁸. Le droit romain a également connu ce droit de résiliation pour certains contrats nommés, comme le louage d'immeubles ou la société.

Ainsi, les jurisconsultes romains ont adopté deux systèmes opposés, appliquant l'un à la vente (type de contrat synallagmatique, le plus usuel, le plus important), l'autre aux contrats innomés et à quelques contrats nommés.

II. *La lex commissoria*

L'absence de résolution dans le contrat de vente présentait des inconvénients majeurs ; aussi, dans le but de préserver les intérêts du vendeur et remédier à l'insuffisance de législation, la pratique romaine prit-elle l'habitude d'insérer dans les contrats de vente une clause, dite *lex commissoria* (pacte comissoire), qui permettait au vendeur de résoudre le contrat de vente en cas de non-paiement du prix par l'acheteur. Le vendeur faisait connaître à l'acheteur son intention de se prévaloir de ce pacte et la vente était résolue de plein droit, sans intervention judiciaire⁹.

Ainsi, si le droit romain n'a jamais fait de la résolution un principe général, il en connaissait toutefois quelques applications¹⁰.

⁷ Capitant, *loc. cit.*, p. 325.

⁸ Planiol-Ripert-Boulanger, *loc. cit.*, N° 517 ; Marty-Raynaud, *loc. cit.*, N° 297, qui admettent que cette solution se justifiait par des considérations d'équilibre économique et d'équité ; Juris-Classeur Civil, Art. 1184, Fascicule I, N° 6.

⁹ Le vendeur pouvait opter entre l'exécution forcée et la résolution. Voir Capitant, *loc. cit.*, p. 326 ; Juris-Classeur civil, *loc. cit.*, Art. 1184 N° 6 ; Weill-Terré, *loc. cit.*, N° 484 ; Leser, *loc. cit.*, p. 16 et ss.

Dé même, si la chose ne plaisait pas à l'acheteur, on considérait qu'elle n'était pas achetée, ceci en vertu du « *pactum displicentiae* ». Ulpien D. (Digest) 18.1.3 ; voir Kaser, *loc. cit.*, p. 174.

¹⁰ La *lex commissoria*, véritable condition résolutoire, eut une grande influence sur les droits français et allemand. Sur le droit français et les difficultés d'interprétation de l'art. 1184, liée à la *lex commissoria*, cf. *infra* p. 8 ; sur les rapports entre la *lex commissoria*, la condition résolutoire et la résolution en droit allemand, cf. *infra* p. 10 et Leser, *loc. cit.*, p. 16-26.

B LE DROIT CANONIQUE

Si les textes du droit romain ont pu, comme l'écrit judicieusement Cassin ¹¹ « servir de véhicules à une théorie générale de la résolution..., le véritable moteur en est le droit canonique ». En effet, les canonistes ont dégagé le principe selon lequel il est considéré comme un manquement à la bonne foi d'exiger l'exécution alors qu'on n'avait soi-même pas tenu sa promesse ¹². C'est l'adage « *Frangenti fidem non est fides servanda* », adage reposant sur la volonté des parties et permettant au contractant qui ne pouvait obtenir l'exécution de la prestation de son co-contractant, non seulement de ne pas exécuter la sienne (*exceptio non adimpleti contractus*), mais également de demander la résolution du contrat. Ceci valait pour tous les contrats synallagmatiques, qu'ils soient nommés ou innomés.

Le droit canonique, « dominé par la préoccupation des devoirs de conscience » ¹³, a compris la résolution des contrats comme une sanction destinée à assurer le respect de la parole donnée, dont la violation constituait un péché ¹⁴.

Toutefois, à la différence de la *lex commissoria*, la résolution du contrat ne pouvait être prononcée que par le juge du tribunal ecclésiastique, celui-ci étant seul habilité à délier les contractants de leurs obligations, nul ne pouvant se faire justice soi-même. A cet égard, le juge disposait d'un large pouvoir d'appréciation, pouvant, selon les circonstances, prononcer ou rejeter la résolution (avec possibilité de peines complémentaires d'ordre ecclésiastique), compte tenu de la volonté des parties, de leur moralité et des circonstances économiques dans lesquelles elles s'étaient trouvées ¹⁵.

¹¹ Cassin, *loc. cit.*, p. 67 ; la même étude est publiée dans la Revue trimestrielle de droit civil, 1945, p. 159 et ss.

¹² Le droit canonique, à la différence du droit romain, a bien mis en lumière le lien de causalité qui unit les obligations réciproques engendrées par des contrats synallagmatiques. Voir Weill-Terré, *loc. cit.*, N° 481 ; Constantinesco, *loc. cit.*, p. 31 et 32.

¹³ Cassin, *loc. cit.*, p. 67.

¹⁴ Weill-Terré, *loc. cit.*, N° 481 ; Juris-Classeur civil, *loc. cit.*, Art 1184, N° 7.

¹⁵ Weill-Terré, *loc. cit.*, N° 481 ; Juris-classeur civil, *loc. cit.*, Art. 1184, N° 7 ; Capitant, *loc. cit.*, p. 328.

Le droit français, contrairement au droit allemand, a repris la notion de résolution judiciaire du droit canonique.

C LE DROIT FRANÇAIS

1. *L'institutionnalisation du droit de résolution*

Le système de la résolution judiciaire¹⁶ se transposa du droit canonique au droit civil moderne avec toutefois quelques résistances. L'influence des Romanistes persista longtemps¹⁷, et ce n'est réellement qu'au XVII^e siècle que l'institution eut une portée très vivante¹⁸. C'est Domat¹⁹ qui, le premier, posa, de manière générale, le principe de la résolution des contrats toutes les fois qu'une obligation réciproque²⁰ n'est pas exécutée ; il dégagea, par là, la notion de cause, fondement de la résolution selon Capitant²¹.

Au XVIII^e siècle, cette idée fut recueillie par Pothier qui écrivit dans son traité²² que « ... le défaut de paiement du prix permet au vendeur de demander la résolution du contrat, quoiqu'il n'y ait pas de pacte commissoire ». Dans son traité des obligations²³, il a formulé une théorie générale de la résolution judiciaire pour inexécution en faisant remarquer que celle-ci peut être prononcée « quand même on n'aurait pas exprimé dans la convention l'inexécution de votre engagement comme condition résolutoire de celui que j'ai contracté avec vous ».

Le rapprochement entre action résolutoire et pacte commissoire était fait, ce qui allait susciter bien des controverses quant à l'interprétation de l'art. 1184.

Interprétation de l'art. 1184 Code civ.

Les rédacteurs du Code civil, croyant suivre Pothier, on dit que la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques. Tout se passe comme si les contractants ont stipulé dans leur accord que le contrat serait résolu au cas où l'une des parties ne

¹⁶ Le droit français a adopté le principe de la résolution judiciaire. Cf. *infra*, p. 18 ss. ; il n'en est pas de même pour le droit allemand, sur lequel les canonistes n'ont eu aucune influence. Cf. Constantinesco, *loc. cit.*, p. 40. Sur les origines du droit de résolution en Allemagne, cf. *infra*, p. 10 ss.

¹⁷ Leser, *loc. cit.*, p. 287 ; Capitant, *loc. cit.*, p. 329 ; Weill-Terré, *loc. cit.*, N° 481.

¹⁸ Auparavant, Dumoulin, au XVI^e siècle, avait admis la résolution telle que le droit canonique la connaissait. Voir Cassin, *loc. cit.*, p. 69.

¹⁹ Lois civiles, I, 1, sect. VI, N° 11.

²⁰ Cassin, *loc. cit.*, p. 69 ; Weill-Terré, *loc. cit.*, N° 481 ; Juris-classeur civil, *loc. cit.*, Art. 1184, N° 8.

²¹ Capitant, *loc. cit.*, p. 341 et ss.

²² Pothier, Traité de la vente, N° 475.

²³ Pothier, Droit des obligation, N° 672.

l'exécuterait pas. C'est le retour à la *lex commissoria* du droit romain, *lex commissoria tacite*, à la différence près que la résolution ne s'opère plus de plein droit, mais doit être prononcée par le juge. C'est également la raison pour laquelle les rédacteurs du Code civil ont traité ce problème de la résolution dans la section consacrée aux conditions.

Les interprètes du Code civil ont manifestement confondu *condition résolutoire sous-entendue* et *résolution judiciaire*. Ils ont mal interprété en cela Pothier, qui s'est bien gardé de parler, dans ce cadre, de condition résolutoire sous-entendue²⁴. Pothier, revenant sur la théorie de la résolution dans son chapitre de la condition résolutoire, dit simplement qu'il est inutile d'insérer une condition résolutoire étant donné que le juge peut d'office prononcer la résolution. Mais jamais il n'a soutenu qu'en présence d'une condition résolutoire tacite, l'insertion de la condition était inutile, ce qui est tout à fait différent²⁵.

En conclusion, bien que l'art. 1184 Code civ. parle de condition résolutoire sous-entendue, il est bien établi²⁶ aujourd'hui que ceci provient d'une erreur d'interprétation des rédacteurs et que la résolution du contrat ne trouve pas son fondement dans le pacte résolutoire tacite.

III. *Fondement du droit de résolution*

La condition résolutoire sous-entendue ne constituant pas le fondement du droit de résolution, les auteurs français ont essayé d'expliquer la règle de l'art. 1184 Code civ. par d'autres idées. Actuellement, le fondement le plus avancé est celui de *cause*²⁷. Dans un contrat synallagmatique, l'obligation d'une des parties a pour cause l'obligation de l'autre, de sorte que si l'une n'est pas remplie, l'obligation de l'autre devient sans cause. Il ne nous appartient pas, à ce stade, de nous pencher profondément sur ce problème ; mentionnons simplement que la théorie de Capitant a fait école, mais n'est néanmoins pas exempte de critiques²⁸.

²⁴ Voir à ce sujet les percutantes critiques de Capitant, *loc. cit.*, p. 334-338, qui montrent les différences essentielles existant entre la *lex commissoria* et la résolution judiciaire ; ces critiques ont été reprises par Cassin, *loc. cit.*, p. 70-71.

²⁵ Weill-Terré, *loc. cit.*, N° 481.

²⁶ Capitant, *loc. cit.*, p. 334 ; Cassin, *loc. cit.*, p. 70-71 ; Juris-classeur civil, *loc. cit.*, Art. 1184, N° 9 et 10.

²⁷ Capitant, *loc. cit.*, p. 341 ss., a développé la notion de cause comme fondement du droit de résolution.

²⁸ Juris-classeur Civil, *loc. cit.*, Art. 1184, N° 16 ; Weill-Terré, *loc. cit.*, N° 480 ; Cassin, *loc. cit.*, p. 72-76 ; Planiol-Ripert-Boulanger, *loc. cit.*, N° 522 ; Mazeaud, *loc. cit.*, p. 963, voit comme fondement de la résolution la réparation. Le problème est différent en droit suisse, l'exceptio non adimpleti contractus, en tant qu'exception dilatoire, si elle n'anéantit pas la prétention d'un des cocontractants, paralyse toutefois son exercice.

D LE DROIT ALLEMAND

L'évolution historique de la résolution en droit allemand est quelque peu délicate, ceci précisément parce que le droit allemand n'a pas été influencé, comme le droit français, par la morale chrétienne et le droit canonique ²⁹.

I. La résolution avant le BGB

Le droit germanique, héritier du droit commun, ne connaissait pas le principe de la résolution. Les parties sont obligées d'exécuter leurs engagements et ne peuvent en aucun cas s'en délier unilatéralement en cas d'inexécution ; le droit allemand, conformément au droit romain et au droit germanique, ne donne pas au créancier le droit d'éteindre unilatéralement le contrat ³⁰. En cas de demeure du débiteur, le droit commun admet que le créancier peut ou bien poursuivre l'exécution en nature, ou bien réclamer des dommages-intérêts pour inexécution. Mais en aucun cas il ne peut résoudre le contrat.

Toutefois, le besoin de se départir du contrat allait vite se faire sentir, notamment dans le domaine commercial. Ainsi, le Code Prussien (*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*) de 1794 mentionne la possibilité, dans certains cas exceptionnels, de résoudre le contrat par une déclaration unilatérale de volonté ³¹. Mais la pratique n'a pas suivi. De même, l'ADHGB (*das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch*) de 1861 a pris appui sur la solution française et a permis au créancier — dans la vente commerciale — de se départir du contrat par une déclaration unilatérale de volonté ³².

Au XIX^e siècle, un nouvel expédient fut trouvé dans la condition résolutoire (« *auflösende Bedingung* »). Elle permettait, sur la base d'une clause du contrat, de se débarrasser de celui-ci par une déclaration unilatérale de volonté. Cette « *Bedingungskonstruktion* » était un véritable instrument pour se départir du contrat et a eu une grande influence sur la résolution dans le BGB ³³.

²⁹ Constantinesco, *loc. cit.*, p. 40.

³⁰ Leser, *loc. cit.*, p. 1 ; Constantinesco, *loc. cit.*, p. 38. Les auteurs sont d'accord pour admettre que seule une action en exécution forcée était possible. De même, la résolution admise en droit romain pour les contrats innomés n'a eu aucune influence en droit allemand.

³¹ Leser, *loc. cit.*, p. 7-8 ; voir Constantinesco, *loc. cit.*, p. 48, qui conteste l'existence d'un droit de résolution dans l'ALR.

³² Leser, *loc. cit.*, p. 10-16. A noter que le ADHGB permet au créancier de demander, à côté de la résolution, des dommages-intérêts, solution qui sera abandonnée dans le BGB ; cf. *infra*, p. 11.

³³ Leser, *loc. cit.*, p. 18-24.

II. La résolution dans les travaux préparatoires du BGB

1. — Le premier projet

Le BGB, héritier de l'ALR, a délibérément écarté le système français ; ainsi, le § 360 du premier projet de Code de 1874 a consacré le principe du droit commun selon lequel une partie ne peut résoudre un contrat en cas d'inexécution de son co-contractant³⁴.

Toutefois, la première commission a accepté un droit de résolution dans certaines hypothèses exceptionnelles³⁵. Ainsi, le § 369 du premier projet (actuel § 325 BGB) permettait-il au créancier d'un contrat synallagmatique de déclarer la résolution si le débiteur, par une circonstance dont il est responsable, rend impossible la prestation dont il est tenu. D'autre part, le projet permettait au créancier de se départir du contrat s'il ressort d'une manière précise des termes du contrat ou de l'intention des parties que la prestation devait être effective à une date certaine ou pendant un délai strictement établi (*Fixgeschäfte*). Enfin, le premier projet accordait au créancier d'un contrat synallagmatique le droit de résoudre le contrat dans le cas où le retard du débiteur avait enlevé tout intérêt à l'exécution³⁶.

2. — Le second projet

Le second projet reprend les grandes lignes du premier projet et n'apporte que des modifications de détail. L'innovation principale concernait la demeure du débiteur, où il ne fut plus exigé que le créancier prouvât que la prestation n'avait plus d'intérêt pour lui. En s'inspirant du HGB (art. 354, 355 et 356), le second projet permit au créancier de résoudre le contrat si le débiteur ne s'est pas exécuté dans un délai convenable qui, lui, a été fixé après l'inexécution.

Ainsi, on peut dire que le législateur allemand a refusé, contrairement au droit français, de reconnaître un droit général de résolution pour inexécution et a uniquement « reconnu ce droit de manière timorée, donnant à cette institution un caractère exceptionnel »³⁷.

³⁴ Constantinesco, *loc. cit.*, p. 53.

³⁵ Le premier projet, en raison de la sécurité des relations commerciales, n'a pas voulu assimiler les effets de la résolution à ceux de la condition résolutoire. La résolution ne doit produire des effets qu'entre les parties contractantes et ne doit pas porter atteinte aux droits des tiers sur l'objet du contrat résolu.

³⁶ Le premier projet consacrait aussi le principe de la Wandlung en cas de garantie en raison des défauts de la chose ; cf. Leser, *loc. cit.*, p. 31-32. Pour une étude historique du droit de résolution en Allemagne, voir Scherner, K.O., *Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung*, Wiesbaden 1965.

³⁷ Constantinesco, *loc. cit.*, p. 59. Il faut toutefois ajouter que l'adoption de la théorie des « positive Vertragsverletzung » et la reconnaissance du droit de résolution pour ce type d'inexécution a dégagé un véritable droit général de résolution pour inexécution.

E LE DROIT SUISSE

Le droit suisse, indéniablement, a subi l'influence de son grand voisin germanique. Aussi peu influencé que le droit allemand par le droit canonique, le droit suisse ne connaît pas, à une exception près³⁸, le principe de la résolution judiciaire.

I. *Le Code des obligations de 1881*

Alors que le droit allemand, avant le BGB, ne connaissait pratiquement pas le principe de la résolution du contrat, le Code de 1881, influencé par certains codes cantonaux romands — qui avaient subi l'influence française³⁹, a prévu pour certains cas d'inexécution un droit de résolution exercé par une déclaration unilatérale du créancier. Ainsi, en cas de demeure du débiteur, l'art. 122 permet au créancier de se départir du contrat (après fixation d'un délai), l'art. 124 CO lui accordant le droit de réclamer des dommages-intérêts positifs⁴⁰. De même, influencé par le droit allemand, l'art. 125 permet au créancier, pour qui la prestation n'a plus aucune utilité, de résoudre le contrat⁴¹. Enfin, dans le contrat de vente, un droit de résolution est prévu en cas de demeure du débiteur de l'acheteur (art. 263 et 264) et du vendeur (art. 234), ainsi qu'en cas d'éviction (art. 241) et de défauts de la chose vendue (art. 249-253).

II. *Le Code des obligations de 1911*1. — *Le projet de 1905*

Le Message du Conseil fédéral du 1^{er} mars 1905⁴² a apporté quelques innovations au droit de résolution pour inexécution. Sans conteste influencés par la récente entrée en vigueur du BGB, les rédacteurs du Code des obligations ont rompu avec l'ancienne solution, qui, à côté d'un droit de résolution accordait la possibilité de réclamer des dommages-intérêts positifs et ont rejoint la solution allemande, selon laquelle le créancier qui opte la résolution ne peut plus réclamer des dommages-intérêts.

³⁸ L'action rédhibitoire (art. 205 CO), v. *infra*, p. 117 ss.

³⁹ Ainsi, le Code civil français de 1804, en vigueur à Genève et dans le Jura bernois.

⁴⁰ Cette théorie (dommages-intérêts positifs à la suite d'une résolution), malgré la contradiction qu'elle contient, allait avoir la vie dure !

Sur la position de la doctrine à ce sujet et les critiques que l'on peut apporter à l'admission des dommages-intérêts positifs en cas de résolution, voir *infra* p. 41 ss.

Sur l'ancien art. 124 CO, voir ATF 29 (1903) II 516.

⁴¹ § 243 du premier projet du BGB de 1874 (actuel § 283).

⁴² FF 1905 II p. 15 N° 8.

2. — *Le projet de 1909*

Le projet de 1909 a introduit deux nouveautés primordiales pour la théorie générale de l'inexécution des obligations.

Tout d'abord, le projet ⁴³, à l'instar du droit allemand, prévoit la possibilité de réclamer une indemnité pour inexécution sans résolution. Ainsi, en cas de demeure du débiteur, une troisième voie est ouverte au créancier : il peut réclamer des dommages-intérêts pour l'inexécution.

D'autre part, le projet a abandonné l'idée du non cumul de dommages-intérêts avec la résolution et a prévu en cas de résolution par le créancier la réparation de son intérêt négatif ⁴⁴.

⁴³ Message du Conseil fédéral du 1^{er} juin 1909 ; FF 1909 III p. 758.

⁴⁴ Sur la notion d'intérêt négatif en cas de résolution, cf. *infra*, p. 44 s.

LE DROIT DE RÉOLUTION

A NOTION

La résolution signifie « die Rückgängigmachung eines Schuldverhältnisses durch einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung »¹. Par une déclaration de volonté, le créancier avise le débiteur qu'il se départ du contrat, c'est-à-dire qu'il le résout². Le § 349 BGB énonce d'ailleurs expressément que la résolution du contrat s'exerce au moyen d'une déclaration adressée à l'autre partie².

I. Droit formateur

La résolution d'un contrat résulte d'un droit formateur³, c'est-à-dire du « droit de produire une modification de la situation juridique par un acte unilatéral de volonté, soit donc sans le concours de l'autre partie »⁴. C'est un droit de puissance et de maîtrise conférant aux sujets un pouvoir juridique sur une partie du monde extérieur ou sur l'attitude d'une autre personne. On les appelle « formateurs » parce que, accordant au sujet la

¹ Brox I, *loc. cit.*, Rdnr. 198.

² Engel, *loc. cit.*, p. 494. L'exercice du droit de résolution pose quelques problèmes particuliers dans le droit de la vente. Ainsi, dans la garantie en raison des défauts de la chose vendue, la résolution n'est pas déclarée par l'acheteur, mais prononcée par le juge. Voir *infra*, p. 118 s. Dans la garantie en cas d'éviction, la résolution est présumée de sorte qu'une déclaration de volonté n'est pas nécessaire. Voir *infra*, p. 206 ss.

Sur le § 349 BGB, voir notamment Erman-Westermann, *loc. cit.*, § 349 N° 1 s.; Fikentscher, *loc. cit.*, p. 243; RGR Komm., *loc. cit.*, § 349 N° 1 ss.

³ Engel, *loc. cit.*, p. 494; von Tuhr-Peter, *loc. cit.*, p. 24; Guhl-Merz-Kummer, *loc. cit.*, p. 42, 75; Larenz I, *loc. cit.*, p. 327 s.; Esser I, *loc. cit.*, p. 183; Brox I, *loc. cit.*, Rdnr. 198.

⁴ Engel, *loc. cit.*, p. 31. La déclaration n'exige pas de la part du débiteur acceptation ou notification de la réception; elle produit ses effets indépendamment de la volonté du débiteur, même contre la volonté de celui-ci, qui a un rôle purement passif; il ne peut ni provoquer la résolution en l'exigeant, ni l'écarter en la refusant. Cf. Constantinesco, *loc. cit.*, p. 289. Voir Fikentscher, *loc. cit.*, p. 243; Erman-Westermann, *loc. cit.*, § 349 N° 1; RGR Komm., *loc. cit.*, § 349 N° 2.

faculté de produire un effet juridique, ils participent au « pouvoir »⁵ ; en tant que tels, ils ne s'exercent pas par une action en justice, mais par une déclaration de volonté adressée à l'autre partie⁶. La volonté unilatérale du titulaire du droit formateur produit ses effets par ses propres forces ; nul ne peut s'opposer à l'effet du droit formateur, celui-ci se passant de la procédure d'exécution forcée et la force publique n'intervenant jamais dans la formation de l'effet (mais seulement en cas d'inexécution de prétentions découlant de la formation)⁷.

En cas de résolution, il s'agit d'un droit formateur résolutoire (*aufhebendes Gestaltungsrecht*), c'est-à-dire d'un droit formateur qui éteint un rapport juridique ou un droit⁸ ; vu leur effet, on les appelle également « droits négatifs » ou « droits négatoires »⁹.

II. Acte juridique soumis à réception

1. — La résolution en tant qu'acte juridique

La résolution est un acte juridique, c'est-à-dire la manifestation de volonté d'une ou plusieurs personnes destinée à produire un effet juridique (en l'espèce, suppression d'un droit ou d'un rapport de droit)¹⁰. Il s'agit d'un *acte juridique unilatéral*, distinction opérée selon le nombre de per-

⁵ von Tuhr, trad. fr., *loc. cit.*, p. 19.

⁶ von Tuhr-Peter, *loc. cit.*, p. 25 ; toutefois, une décision judiciaire peut être requise si la partie adverse conteste la validité de la déclaration formatrice ; en outre, certains droits formateurs s'exercent au moyen d'une demande judiciaire, par laquelle le demandeur réclame un jugement modifiant le rapport juridique (ex. : demande de dissolution de la société pour justes motifs, art. 545 al. 1 ch. 7 CO). Cf. ATF 92 1966 II 299 ss., notamment 301 = JT 1967 p. 247 et ss., notamment 249 ; Engel, *loc. cit.*, p. 32 ; von Tuhr-Peter, *loc. cit.*, p. 26.

⁷ L'Huillier, La notion de droit formateur en droit privé suisse, Thèse, Genève, 1947, p. 76 ; il ne nous appartient pas, à ce stade, d'approfondir la notion de droit formateur ; pour une étude exhaustive de ce problème, voir la thèse de L'Huillier. Mentionnons simplement que la notion de droit formateur a été accueillie avec réserve par la doctrine.

Guhl, Das schweizerische Obligationenrecht, 5^e éd., Zurich 1956, p. 33, rejette la conception du droit formateur (tout en employant d'ailleurs fréquemment cette expression !) . Voir L'Huillier, *loc. cit.*, p. 104.

Pour les règles communes aux droits formateurs, cf. Engel, *loc. cit.*, p. 32, 33 et L'Huillier, *loc. cit.*, p. 189 et ss. Ajoutons enfin que le droit formateur ne peut pas être soumis à des conditions ; Engel, *loc. cit.*, p. 32 ; Brox, I, *loc. cit.*, Rdnr 200.

⁸ Tandogan, Théorie générale des obligations, Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève, N° 36, Genève, 1972, p. 39. Comme autres exemples de droits formateurs résolutoires, on peut citer la déclaration d'annulation du contrat pour lésion (art. 21 CO) ou vices du consentement (art. 31 CO) ; la révocation du mandat (art. 404 CO), la dénonciation du bail (art. 267 CO), la compensation (art. 124 CO).

⁹ von Tuhr, trad. fr., *loc. cit.*, p. 20.

¹⁰ von Tuhr, trad. fr., *loc. cit.*, p. 143.

sonnes participant à l'acte, en ce sens que la volonté d'une seule partie suffit à produire l'effet juridique. Si, *prima facie*, la différence entre l'acte juridique et le droit formateur ne semble qu'apparente, il convient toutefois de ne pas confondre ces deux notions. « C'est l'utilisation d'un tel droit formateur qui constitue un acte juridique »¹¹. L'acte juridique unilatéral est l'exercice d'un droit formateur¹² ; mais ces deux notions restent différentes, puisqu'il existe des actes juridiques unilatéraux ou bilatéraux qui ne sont pas des actes formateurs (le contrat) et des actes formateurs qui ne sont pas des actes juridiques (l'introduction de demande formatrice en justice)¹³.

2. — *Acte juridique soumis à réception*¹⁴

La plupart des déclarations doivent être adressées à quelqu'un : elles ont un destinataire, « ... einem anderen gegenüber abgegen worden » dit le BGB¹⁵ (c'est-à-dire émises envers une autre personne) ; pour être efficaces, elles doivent lui parvenir, être reçues¹⁶. Ce sont des déclarations « exigeant réception » (*Empfangsbedürftig*), terme pas tout à fait exact (il ne suffit pas que la déclaration parvienne à quelqu'un si elle ne lui était pas destinée), mais unanimement pratiqué en Suisse¹⁷.

III. *Forme de la déclaration de résolution*

1. — *Absence de forme*

La déclaration de résolution que le créancier adresse à son débiteur est dénuée de toute forme¹⁸ ; il suffit qu'il fasse connaître clairement à son co-contractant son intention de se départir du contrat.

¹¹ Honegger, *loc. cit.*, p. 26.

¹² L'acte juridique, tout comme le droit formateur, ne peut être soumis à des conditions, car ceci remettrait la partie adverse dans une situation juridique incertaine qu'on ne saurait lui imposer. Cf. von Tuhr-Peter, *loc. cit.*, p. 148 ; Engel, *loc. cit.*, p. 32 ; Brox I, *loc. cit.*, Rdnr. 200.

¹³ L'Huillier, *loc. cit.*, p. 99.

¹⁴ Sur le moment de la perfection des manifestations de volonté et le système de la réception adoptée en droit suisse, cf. Engel, *loc. cit.*, p. 102 et s. ; von Tuhr-Peter, *loc. cit.*, p. 168 et ss.

¹⁵ § 130 Abs. 1 BGB.

¹⁶ Engel, *loc. cit.*, p. 99 ; von Tuhr-Peter, *loc. cit.*, p. 167. C'est notamment la raison pour laquelle la déclaration d'option du créancier (p. ex. dans le cadre de l'art. 107 al. 2 CO) est irrévocable. Voir toutefois ATF 63 (1937) II 370, cons 1 = JT 1938 II p. 199 où le Tribunal fédéral a admis la révocation d'une résiliation. Sur la solution en droit allemand et les critiques qu'il y a lieu d'y apporter, cf. Constantinesco, *loc. cit.*, p. 290-295.

¹⁷ von Tuhr (trad. fr.), *loc. cit.*, p. 145.

¹⁸ Engel, *loc. cit.*, p. 494.

2. — *Interprétation de la déclaration de résolution*

Bien souvent, les termes de la déclaration sont laconiques ou contradictoires, spécialement lorsqu'ils sont utilisés par des non-juristes¹⁹. Ainsi, une partie écrit à son cocontractant : « Je me dépars du contrat²⁰ et réclame le gain manqué (gain manqué sur la même affaire qui ne peut être exigé qu'en vertu de l'intérêt positif)²¹ ; dans cet exemple, les termes de l'optant sont contradictoires car, ou bien il résout le contrat et ne peut demander que la réparation de son intérêt négatif²², ou bien il réclame des dommages-intérêts pour inexécution (positifs) et alors, il ne peut résoudre le contrat.

C'est une question d'interprétation que de dégager le véritable sens de la déclaration d'option du créancier²³. L'interprétation doit se faire selon le principe de la confiance ; la déclaration de volonté doit être prise et comprise du point de vue de son destinataire au moment de sa réception, mais comme le feraient des personnes honnêtes et raisonnables²⁴.

Quel sens le destinataire doit-il donner, raisonnablement et de bonne foi, à la déclaration ? Ainsi, dans l'exemple cité, c'est à juste titre que le Tribunal fédéral a jugé que, malgré l'expression « se départir du contrat » dont le demandeur s'était servi, il était hors de doute que celui-ci n'entendait pas résoudre le contrat, mais seulement renoncer à l'exécution et réclamer des dommages-intérêts pour inexécution, comme la défenderesse pouvait s'en rendre compte²⁵.

¹⁹ Engel, *loc. cit.*, p. 493 ; le problème est particulièrement présent dans le cadre des art. 107-109 CO où « le laconisme de la rédaction appelle une certaine souplesse dans l'interprétation des termes » : Engel, *idem*.

²⁰ ATF 76 (1950) II 300.

²¹ Cf. *infra*, p. 41 ss.

²² Sur les rapports entre résolution, intérêt négatif et intérêt positif, cf. *infra*, p. 41 ss.

²³ ATF 49 (1923) II 28 = JT 1923 I p. 370.

²⁴ Engel, *loc. cit.*, p. 167.

²⁵ ATF 76 1950 II 300 = JT 1951 I p. 267 ; bien souvent, le mot « résolution » (Rücktritt) est employé comme dans le sens de renonciation à l'exécution tardive de l'autre partie. Ceci n'a rien d'étonnant si l'on tient compte que la loi elle-même fait cette confusion. Ainsi, la note marginale du texte allemand de l'art. 190 CO parle de « Rücktritt » alors qu'il s'agit d'une renonciation à l'exécution !

B LA RÉSOLUTION JUDICIAIRE

I. *Aperçu du droit français*1. — *L'art. 1184 Code civ.*

Le droit français, héritier du droit canonique²⁶, permet au créancier d'un contrat synallagmatique²⁷ de réclamer au juge la dissolution du lien contractuel. Au carrefour du droit civil et de la procédure civile, la résolution judiciaire est subordonnée à deux conditions²⁸ :

(a) l'inexécution d'une obligation :

L'inexécution doit résulter de la mise en demeure ou de l'impossibilité d'exécution²⁹. Il n'est pas nécessaire que l'inexécution soit fautive ; celle-ci peut très bien résulter d'un cas fortuit ou de la force majeure³⁰. Il n'est pas nécessaire enfin que l'inexécution soit totale et le juge peut parfaitement, en tenant compte des circonstances, prononcer la résolution en cas d'inexécution partielle ou défectueuse³¹ ;

(b) la décision judiciaire :

La résolution doit être prononcée par un tribunal. A ce sujet, il convient de faire trois remarques :

Tout d'abord, le créancier peut opter entre l'exécution forcée ou la résolution avec dommages-intérêts ; mais le choix n'est pas irrévocable et le créancier qui a opté pour la résolution peut très bien changer d'avis et réclamer en cours d'instance l'exécution et vice-versa³².

²⁶ Cf. *supra*, p. 7 ss.

²⁷ L'art. 1184 Code civ. s'applique également à certains contrats unilatéraux (prêt à intérêts, art. 1905 et ss. Code civ.) ; inversement, l'art. 1184 Code civ. ne s'applique pas à certains contrats synallagmatiques (rente viagère, art. 1978 Code civ. en raison de son caractère aléatoire — difficultés de déterminer équitablement la restitution — et cession d'office ministériel pour des raisons d'ordre public). Juris-classeur Civil, *loc. cit.*, art. 1184 N° 26-43 ; Weill-Terré, *loc. cit.*, N° 483 et 484.

²⁸ Weill-Terré, *loc. cit.*, N° 485.

²⁹ Planiol-Ripert-Boulanger, *loc. cit.*, N° 526 et 527.

³⁰ Weill-Terré, *loc. cit.*, N° 485 ; *contra* : Planiol-Ripert-Boulanger, *loc. cit.*, N° 527.

³¹ Juris-classeur Civil, *loc. cit.*, art. 1184, N° 47 ; Weill-Terré, *loc. cit.*, N° 486.

³² Weill-Terré, *loc. cit.*, N° 487 ; Juris-classeur Civil, *loc. cit.*, Art. 1184 N° 69 ; l'option ne disparaît qu'en cas de renonciation expresse ou tacite à l'exécution ou à la résolution.

Ensuite, le débiteur peut écarter la résolution en s'exécutant en cours d'instance³³.

Enfin, le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation sur les conditions de l'inexécution, le caractère satisfaisant des offres du débiteur, la bonne foi des parties et toutes les circonstances de la cause, notamment les répercussions à l'égard des tiers³⁴. Le juge peut refuser la résolution³⁵ ou bien la prononcer avec ou sans dommages-intérêts³⁶.

2. — La résolution de plein droit en droit français

Dans certains cas, la résolution est permise sans procédure judiciaire et s'opère alors de plein droit³⁷. Les dérogations à la résolution judiciaire peuvent être conventionnelles lorsqu'une clause expresse de résolution de plein droit a été insérée dans le contrat³⁸ ou légales, quand la loi prévoit elle-même « dans un dessein de célérité et de simplification »³⁹ la résolution de plein droit (art. 1657, art. 960 Code civ.).

II. Critique de la résolution judiciaire

1. — Avantages de la résolution judiciaire

Le but des contrats est l'exécution des prestations. La résolution, entraînant la caducité du contrat, doit donc être considérée comme la sanction la plus grave d'une inexécution⁴⁰. La plupart des sanctions supposant la mise en jeu d'une certaine force, on doit se demander dans quelle mesure le créancier peut, dans le choix et l'exercice de la sanction, se passer de l'intervention des pouvoirs publics⁴¹.

Mis à part cet aspect du problème, plusieurs arguments militent en faveur de la résolution judiciaire. Tout d'abord, la résolution judiciaire permet de préserver les dernières chances d'exécution du contrat et de tenir compte des données économiques et sociales de la situation⁴² ;

³³ L'exécution du débiteur heurte toutefois certains principes de procédure ; Weill-Terré, *loc. cit.*, N° 487 ; Juris-classeur Civil, *loc. cit.*, Art. 1184 N° 73.

³⁴ Juris-classeur Civil, *loc. cit.*, Art. 1184 N° 76 ; Starck, *loc. cit.*, N° 2179.

³⁵ Juris-classeur Civil, *loc. cit.*, Art. 1184 N° 76 ; Starck, *loc. cit.*, N° 2179.

³⁶ Il peut accorder, dans ce cas, un délai de grâce au débiteur.

³⁷ Les dommages-intérêts comprennent le *damnum emergens* et le *lucrum cessans*, ce qui signifie que même en cas de résolution, le créancier peut avoir droit à des dommages-intérêts positifs. A noter que le droit français ne connaît pas les notions intérêt négatif / intérêt positif.

³⁸ Il n'est point nécessaire d'une déclaration de résolution ; la situation est la même que dans l'art. 195 CO.

³⁹ Le pacte commissaire exprès ne doit pas être confondu avec la condition résolutoire expresse ; Weill-Terré, *loc. cit.*, N° 494.

⁴⁰ Weill-Terré, *loc. cit.*, N° 488.

⁴¹ Voir *supra*, p. 3.

⁴² Postacioglu, *loc. cit.*, p. 8.

⁴³ Juris-classeur Civil, *loc. cit.*, Art. 1184 N° 2.

d'autre part, la résolution étant une sanction très rigoureuse, il est souhaitable qu'elle soit prononcée par un tribunal qui devra juger du bien-fondé de la sanction, notamment quand l'inexécution se rapporte à une obligation accessoire du contrat ⁴³.

Ensuite, la résolution étant l'aboutissement d'une série de formalités, la présence d'une autorité supérieure et impartiale — appelée à contrôler si ces formalités sont remplies — semble indispensable ⁴⁴.

Enfin, c'est surtout dans les inconvénients de la déclaration de résolution qu'on trouve des arguments militant en faveur de la résolution judiciaire. En effet, si le créancier se borne à déclarer la résolution, il sera toujours porté à satisfaire ses propres intérêts ; il sera juge dans sa propre cause et risque de commettre un abus de droit ⁴⁵ ; d'autre part, la résolution par déclaration de volonté va à l'encontre du principe selon lequel on ne peut se faire justice soi-même. Enfin, si la déclaration de résolution ne pose aucun problème quand les parties sont de bonne foi, il en est tout autrement si les parties sont de mauvaise foi ⁴⁶.

2. — Inconvénients de la résolution judiciaire

Mais la solution du droit français n'est pas exempte de critiques. Mettant en œuvre une procédure judiciaire, la résolution présente le désavantage d'être longue, lourde et coûteuse. D'autre part, le pouvoir souverain du juge conduit à imposer au créancier autre chose que ce qui lui est dû, et ceci heurte le principe des procès civils, qui interdit au juge de condamner le défendeur à autre chose que ce qui lui est demandé ⁴⁷.

Enfin, ce système place l'intervention de la justice avant le fonctionnement de la sanction et en fait une condition préalable ⁴⁸.

Malgré les avantages et les inconvénients de chaque système, notre préférence, guidée par une nécessité pragmatique de liquidation rapide des transactions, va à la solution du droit suisse (et allemand), qui, tout en permettant au créancier de déclarer unilatéralement la résolution si l'inexécution porte sur une obligation principale, accorde néanmoins à l'autre partie le droit d'attaquer, devant les tribunaux, le bien-fondé de cette déclaration et d'empêcher ainsi la résolution. A ce stade, il n'y a pas intervention préalable de la justice, mais il y a tout de même un contrôle judiciaire.

⁴³ Postacioglu, *loc. cit.*, p. 22.

⁴⁴ Constantinesco, *loc. cit.*, p. 318.

⁴⁵ La bonne foi du créancier dans l'exercice de la résolution est une condition nécessaire à la résolution. Le créancier doit être prêt et en état d'exécuter sa propre obligation ; il doit être fidèle au contrat dont il invoque le bénéfice et on ne saurait lui permettre de se plaindre de l'inexécution du débiteur, alors que lui-même ne s'exécute pas (art. 2 CCS). Voir Constantinesco, *loc. cit.*, p. 244-246. D'autre part, le créancier ne doit pas spéculer au détriment du débiteur.

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ Postacioglu, *loc. cit.*, p. 22.

⁴⁸ Postacioglu, *loc. cit.*, p. 22.

CHAPITRE III

LES EFFETS DE LA RÉSOLUTION SUR LES PRESTATIONS EFFECTUÉES

A LES EFFETS SUR LE TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ

La résolution est une déclaration de volonté¹, laissant le contrat générateur d'obligations valable jusqu'au moment de la déclaration, mais enlevant à la disposition la cause *ex nunc* avec effet *ex tunc*, c'est-à-dire transformant le rapport contractuel en un rapport de liquidation des effets du contrat selon les art. 62 ss. CO².

La résolution, sanction d'une inexécution d'une obligation contractuelle, a pour but de mettre fin au contrat et de replacer les parties dans la situation antérieure à la conclusion du contrat. Néanmoins, le vice affectant le rapport juridique n'intervenant qu'après la conclusion du contrat — et non au moment de la formation de la volonté³ —, il n'y a pas lieu d'opérer comme si le contrat n'avait jamais existé et les prestations effectuées l'ont été avec cause valable.

I. La rétroactivité

La résolution dénoue le rapport contractuel ; elle anéantit le contrat, entraîne — comme dit l'art. 109 al. 2 CO — la « caducité » (Dahinfallen) du contrat.

La résolution opère *ex tunc*, c'est-à-dire avec effet rétroactif. Par la résolution, les parties doivent être remises dans la situation dans laquelle

¹ Voir *supra*, p. 14.

² Becker, *loc. cit.*, Art. 109 N° 2 ; Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 109 N° 2 et 5 ; von Tuhr-Escher, *loc. cit.*, p. 155 ; von Büren I, *loc. cit.*, p. 380 ; Larenz I, *loc. cit.*, p. 327, 328 ; Brox I, *loc. cit.*, Rdnr. 207 ; RGR Komm., *loc. cit.*, § 346 N° 10 s. ; Fikentscher, *loc. cit.*, p. 243.

³ Sur l'invalidation du contrat pour vices du consentement existant au moment de la conclusion du contrat, voir *infra*, p. 31

⁴ Becker, *loc. cit.*, Art. 109 N° 1 ; Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 109 N° 2 ; von Büren I, *loc. cit.*, p. 380 ; Comment, *loc. cit.*, p. 139.

elles seraient si le contrat n'avait pas été conclu ⁴. Le rapport contractuel n'engendre plus de nouvelles obligations et celles qui avaient déjà pris naissance s'éteignent ⁵.

En conséquence, les parties doivent se restituer les prestations qui ont été effectuées (en vertu de la cause qui a cessé d'exister, *condictio ob causam finitam*, art. 62. al. 2, 3^e hypothèse). La rétroactivité distingue la résolution de la résiliation qui met fin au rapport d'obligation avec effet *ex nunc* ⁶.

II. Effets réels ou effets personnels

1. — Effets réels de la résolution

(a) La solution en droit français

En droit français, les effets rétroactifs de la résolution ne sont pas limités aux parties contractantes. La résolution a des effets absolus en ce qui concerne les actes de disposition passés par l'acheteur avec le tiers (*resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*) ⁷. La résolution opère une extinction rétroactive du contrat : par là, elle anéantit le titre juridique servant de base au transfert de propriété fait par le créancier au débiteur ⁸. L'acheteur ne peut donc transmettre la propriété à un tiers puisqu'il ne l'a jamais eue, le vendeur n'ayant jamais perdu la propriété de son bien ⁹.

(b) Critiques

La solution du droit français a été fermement critiquée ¹⁰. En effet, elle entraîne une insécurité inadmissible pour les tiers de bonne foi. D'autre part, la position de l'acheteur devient pour le moins incertaine. Celui-ci devient acquéreur, mais sous condition ¹¹ ! Mais, pour apprécier cette solution dans son ensemble, il est nécessaire de

⁵ von Tuhr-Escher, *loc. cit.*, p. 155.

⁶ Sur la notion de résiliation, voir *infra*, p. 29 s.

⁷ Weill-Terré, *loc. cit.*, N° 492 ; on part de l'idée que la résolution produit les mêmes effets que la condition résolutoire.

⁸ Constinesco, *loc. cit.*, p. 378.

⁹ Le vendeur fera donc une action en revendication et non en retransmission de la propriété comme c'est le cas en droit suisse à la suite d'une résolution. Voir *infra*, p. 25 s.

¹⁰ Terré-Weill, *loc. cit.*, N° 490 ; Juris-classeur Civil, *loc. cit.*, Art. 1184 N° 100.

¹¹ Constantinesco, *loc. cit.*, p. 378 ; toutefois, le droit français connaît deux atténuations à ce principe ; dans le domaine de la vente d'immeubles, une protection particulière des tiers résulte du droit des sûretés réelles. Cf. Weill-Terré *loc. cit.*, N° 492. En matière mobilière, le droit français connaît le principe : « en fait de meubles, possession vaut titre » (art. 2279 Code civ.).

tenir compte du caractère consensuel du transfert de la propriété que connaît le droit français¹².

2. — Effets personnels de la résolution

La résolution, en droit suisse, ne produit que des effets personnels ; elle ne fait que supprimer le rapport d'obligation qui constituait la base des prestations réciproques, mais les effets réels des attributions restent valables¹³. Le vendeur ne devient pas ipso facto et rétroactivement propriétaire de la chose vendue. Il ne peut la revendiquer si elle se trouve dans le patrimoine d'un sous-acquéreur ou dans celui de l'acheteur¹⁴ ; les effets de la résolution ne sont donc pas opposables aux tiers¹⁵.

Le caractère personnel de la résolution s'explique fort bien par le mode dont s'opère le transfert de propriété en droit suisse. Dès lors, on doit dissocier deux opérations qu'implique un contrat translatif de propriété ; une séparation doit être faite entre le contrat générateur de l'obligation de transférer la propriété et l'acte par lequel le transfert de propriété se trouve réalisé. Pour opérer le transfert de la propriété en droit suisse, il faut non seulement l'accord de volonté nécessaire pour la conclusion du contrat, mais également un acte supplémentaire : la tradition pour les choses mobilières (art. 714 ss. CCS) et la réquisition au Registre foncier pour les immeubles (art. 656 ss CCS)¹⁶.

En effet, en droit suisse, contrairement au droit français, le contrat de vente est un contrat générateur d'obligations et non un contrat de disposition. Le droit suisse a adopté le « Trennungsprinzip zwischen Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäft ». La conclusion du contrat fait naître simplement l'obligation personnelle de transférer la propriété, mais ne transfère pas la propriété. Par la conclusion du contrat, l'acheteur devient simplement créancier de cette obligation¹⁷.

¹² La solution du droit français est néanmoins logique, eu égard au transfert de propriété ; en effet, en droit français, contrairement au droit suisse et au droit allemand (voir *infra*, p. 199), le contrat de vente a un effet non seulement personnel, mais également réel ; non seulement il oblige à transférer la propriété, mais il la transfère. L'anéantissement qu'opère la résolution porte à la fois sur le contrat et sur le transfert de propriété que celui-ci avait effectué. La résolution détruit le contrat et son effet, c'est-à-dire le transfert de propriété. Dès lors, l'effet réel de la solution en droit français s'explique très bien. Voir à ce sujet Constantinesco, *loc. cit.*, p. 386-387.

¹³ von Tuhr-Escher, *loc. cit.*, p. 156 ; Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 109 N° 5 ; Becker, *loc. cit.*, Art. 109 N° 2 ; RGR Komm., *loc. cit.*, § 346 N° 14. Par contre, Simonius, *loc. cit.*, *Festschrift...*, p. 41 ss., p. 53, Cavin, *loc. cit.*, p. 97 et Giger, *loc. cit.*, Art. 208 N° 9, défendent une opinion contraire et accordent au créancier (et à l'acheteur dans le cadre de l'action réhibitoire) une action en revendication (art. 641 al. 2 CCS).

¹⁴ Constantinesco, *loc. cit.*, p. 380.

¹⁵ Au cas où l'acheteur aurait revendu la chose à un tiers sous-acquéreur, il ne sera tenu que de rembourser le prix au vendeur. Voir *infra*, p. 26.

¹⁶ La tradition et la réquisition au Registre foncier ne sont pas des actes juridiques, mais sont liées à un acte juridique, c'est-à-dire à la volonté déclarée de transférer la propriété.

¹⁷ Cavin, *loc. cit.*, p. 19 ss.

Dès lors, l'extinction du contrat ne peut opérer celle du transfert de propriété, car le contrat ne transfère pas la propriété¹⁸. Après la résolution, le vendeur est créancier de l'obligation de restitution, mais n'est plus propriétaire et ne peut donc plus revendiquer la chose vendue.

En effet, par la résolution, la cause de la disposition est enlevée *ex nunc*. Nous avons déjà mentionné que la résolution intervient comme sanction de l'inexécution des obligations, c'est-à-dire dans des cas où le vice affectant le rapport juridique n'apparaît qu'après la conclusion du contrat. Aussi, la résolution n'affecte pas la cause du contrat. A la place du rapport juridique existant jusqu'alors, se substitue un rapport de liquidation obligeant les parties contractantes à se restituer ce qu'elles ont reçu¹⁹. L'effet personnel de la résolution est notamment bien perçu dans le § 346 BGB qui prévoit que « les parties sont tenues de se restituer réciproquement les prestations reçues ». La transformation du contrat en un *Rückabwicklungsverhältnis* s'opère *ex nunc*, ce qui signifie que le contrat a existé avec tous ses effets jusqu'à la déclaration de résolution et que les obligations de se restituer les prestations reçues ne naissent que pour l'avenir²⁰.

B LA RESTITUTION DES PRESTATIONS

En l'absence d'une cause valable — celle-ci ayant cessé d'exister (condictio ob causam finitam, art. 62 al. 2, 3^e hypothèse), les parties doivent se restituer les prestations effectuées (la résolution opérant *ex tunc*). Bien que s'agissant d'un cas d'application de l'enrichissement illégitime, le législateur a toutefois prévu des bases légales spéciales pour la restitution des prestations à la suite d'une résolution : art. 109 al. 1 CO (demeure du débiteur), art. 195 al. 1 ch. 1 CO (éviction) et art. 208 al. 1 et 2 CO (défauts de la chose vendue)²¹.

¹⁸ Le problème est différent en cas d'invalidation, car le vice juridique affectant le contrat existait déjà au moment de la conclusion du contrat. La cause doit donc être enlevée *ex tunc*. Voir *infra*, p. 31 s.

¹⁹ RGR Komm., *loc. cit.*, § 346 N° 12 ; RGZ 71, 276, 277 ; BGHZ 16, 153, 156.

²⁰ Fikentscher, *loc. cit.*, p. 242.

²¹ Toutefois, nous ne partageons pas l'opinion du Tribunal fédéral (ATF 51 1935 II 256 = JT 1936 I p. 143) et d'Engel, *loc. cit.*, p. 398, 495, qui estiment que l'action en restitution n'est pas une action pour enrichissement illégitime, mais une action spéciale fondée sur la loi (art. 109 al. 1 CO). Nous pensons qu'il s'agit bien d'un cas d'application de l'enrichissement illégitime (condictio ob causam finitam), mais que le Tribunal fédéral assortit d'une prescription décennale. Sur le problème de la prescription, voir *infra*, p. 27 s.

I. Libération pour les prestations non encore exécutées

Les obligations contractuelles qui n'ont pas encore été effectuées n'ont plus besoin d'être apportées²². Le créancier qui n'a point exécuté sa propre prestation ne peut plus y être contraint. La situation d'attente qui résultait du jeu de l'*exceptio non adimpleti contractus* se consolide et devient définitive²³; toutefois, le « refus » n'est pas une exception, mais bien une objection, c'est-à-dire l'allégation d'un fait qui met fin à un droit²⁴.

II. La retransmission de la propriété sur la chose

Nous avons vu que la résolution n'affectait pas la validité du contrat générateur d'obligations, mais enlevait à la disposition la cause *ex nunc*, avec effet *ex tunc*. La résolution du contrat n'affectant pas les attributions réelles effectuées, on doit en conclure que le vendeur devra faire une action en retransmission de la propriété mobilière et immobilière²⁵. Il n'y a donc pas d'action en revendication à la suite d'une résolution du contrat. La différence est essentielle en ce sens que l'action en revendication est imprescriptible, alors que l'action en retransmission de la propriété se prescrit par une année selon l'art. 67 CO²⁶.

Giger²⁷ admet que si le droit allemand connaît une action en retransmission de la propriété à la suite d'une résolution du contrat, c'est parce que le transfert de propriété est abstrait. En droit suisse, où le transfert de propriété est causal, le vendeur doit effectuer une action en revendication. A notre sens, le caractère causal ou abstrait du transfert de propriété n'est pas un critère valable pour déterminer le mode de restitution à la suite d'une résolution du contrat. Si le vendeur doit effectuer,

²² BGHZ 51, 69, 72, BGHZ 58, 121, 122. L'art. 109 al. 1 CO le dit expressément : au sujet de cet article, il convient de dire que sa rédaction est trop restrictive. Il ne parle que de la prestation du créancier, et encore quand elle a trait à une somme d'argent (ex. : demeure du débiteur du vendeur). Il faut interpréter largement cette disposition et dire qu'elle concerne la prestation du créancier (qu'il s'agisse d'une somme d'argent ou d'une obligation non pécuniaire), mais également la contre-prestation du débiteur, dans la mesure où celui-ci s'est partiellement exécuté.

²³ Weill-Terré, *loc. cit.*, N° 490.

²⁴ von Tuhr-Escher, *loc. cit.*, p. 155, note 97 ; Brox I, *loc. cit.*, Rdnr. 206.

²⁵ von Büren I, *loc. cit.*, p. 380 ; Keppler, *loc. cit.*, p. 53. *Contra* : Simonius, *Festschrift...*, *loc. cit.*, p. 41 ss. et p. 53 ; Giger, *loc. cit.*, Art. 208 N° 9.

Sur la retransmission de la propriété par l'acheteur en cas d'exécution défectueuse du vendeur, voir *infra*, p. 130 ss.

²⁶ Voir *infra*, p. 27 s. Le Tribunal fédéral soumet toutefois l'action en restitution à la suite d'une résolution à une prescription décennale, ceci pour être en harmonie avec la prescription de l'action en dommages-intérêts négatifs. Voir ATF 60 (1934) II 27 = JT 1934 I, p. 184.

²⁷ Giger, *loc. cit.*, Art. 208 N° 8 s., qui assimile la résolution à une invalidation du contrat.

après la résolution du contrat, une action en retransmission de la propriété, c'est parce que la résolution enlève au contrat la cause avec effet *ex nunc*, ce qui signifie que les attributions réelles restent valables. Dès lors, que le transfert de propriété soit causal ou abstrait, la propriété a, de toutes façons, valablement passé à l'acheteur.

Quelle est la situation juridique lorsque l'acheteur ne peut plus restituer la chose au vendeur ? Le problème ne présente un intérêt que dans la garantie en raison des défauts de la chose vendue et a d'ailleurs été réglé expressément par le législateur²⁸. En cas de demeure de débiteur, lorsque, dans la vente à crédit, l'acheteur-débiteur qui a reçu la chose ne peut plus la restituer au vendeur-créancier, il devra alors des dommages-intérêts à son créancier²⁹. La base légale de l'action en réparation est l'art. 97 al. 1 CO pour l'impossibilité de restitution en vertu de l'art. 62 CO. Il faut toutefois ajouter que le vendeur ne peut, dans une vente à crédit, résoudre le contrat que s'il s'en est expressément réservé le droit (art. 214 al. 3 CO). Si le vendeur-débiteur s'est partiellement exécuté, mais est en demeure pour le reste de sa prestation, l'acheteur-créancier n'est pas déchu de son droit de résolution si la prestation partielle qu'il a reçue du vendeur est détruite par cas fortuit. Le droit de résolution de l'acheteur sera toutefois exclu si celui-ci a aliéné ou a fautivement détruit la prestation partielle de son vendeur-débiteur³⁰. Enfin, dans l'hypothèse où le vendeur de l'objet n'est pas le véritable propriétaire de la chose vendue et au cas où le contrat est résolu par l'acheteur (ex. : pour défectuosité de l'objet), l'acheteur devra restituer la possession immédiate de la chose au vendeur (art 62 al. 1, al. 2, 3^e hyp.) avec volonté de notifier la propriété au véritable propriétaire.

III. *Restitution de l'argent*

Si la prestation reçue consiste en une somme d'argent, il n'y a pas de difficulté. L'ayant-droit demandera la condamnation de son cocontractant à la payer la somme reçue avec les intérêts à 5 % dès la réception et l'exécution interviendra conformément à la loi sur la poursuite pour dettes et faillite.

D'autre part, le débiteur-acheteur en demeure qui s'est partiellement exécuté a droit à la répétition de ses prestations partielles. Le droit découle de l'art. 109 al. 1 CO même si celui-ci n'en parle pas³¹. Après la résolution du contrat par le créancier-acheteur, le débiteur-vendeur aura droit à la répétition des prestations qu'il a fournies, bien que sa

²⁸ Art. 208 CO. Voir *infra*, p. 124 s. Ce problème ne se pose évidemment ni en cas d'éviction, ni en cas d'impossibilité d'exécution.

²⁹ von Tuhr-Escher, *loc. cit.*, p. 156 ; Becker, *loc. cit.*, Art. 109 N° 5.

³⁰ On applique par analogie l'art. 207 al. 3 CO. Becker, *loc. cit.*, Art. 109 N° 11-13 ; Tandogan, *Travaux...*, *loc. cit.*, p. 126 ; von Tuhr-Escher, *loc. cit.*, p. 157.

³¹ Voir *supra*, p. 25. Il s'agit également d'un cas d'enrichissement illégitime. Comment, *loc. cit.*, 145 ; Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 109 N° 6.

demeure pour le solde ait provoqué la rupture du contrat ; l'absence de faute n'est pas une condition de l'exercice de cette action en répétition. La créance du débiteur-acheteur peut alors être compensée avec l'obligation de payer des dommages-intérêts selon l'art. 109 al. 2 CO ³².

IV. *Simultanéité des prestations*

Le contrat bilatéral engendre, pour les parties, des obligations réciproques. La résolution entraîne pour les parties l'obligation de se restituer les prestations qu'elles ont reçues. En droit allemand, les prestations doivent se faire *Zug um Zug*, selon les §§ 348, 320 et 322 BGB ³³. En droit suisse, la situation est la même : les restitutions doivent se faire simultanément, « *Zug um Zug* ». L'art. 82 CO s'applique et l'inexécution des obligations par l'une des parties met obstacle à l'action de l'autre ³⁴. Le synallagma persiste après la résolution ³⁵.

V. *Prescription*

La restitution des prestations effectuées est un cas d'application de l'enrichissement illégitime (*condictio ob causam finitam*) ³⁶. Toutefois, selon notre jurisprudence, la prescription annale de l'art. 67 CO ne s'applique pas ³⁷. Le Tribunal fédéral ³⁸ assortit les actions en restitution d'une prescription de dix ans, selon l'art. 127 CO.

En effet, notre Cour suprême a admis que l'action en dommages-intérêts que peut intenter le créancier se prescrivait par dix ans ; dès lors, il serait choquant que l'action en répétition se prescrive par une année (art. 67 CO), alors que la même cause — attitude anticontractuelle du débiteur — est à l'origine de ces différentes prétentions.

La solution du Tribunal fédéral, si elle apparaît logique, est néanmoins contestable. En effet, pourquoi soumettre l'action en dommages-intérêts à la suite d'une résolution à une prescription décennale ? Notre Cour suprême a admis que l'action en réparation de l'intérêt négatif était

³² SJZ 37 (1940/41), p. 297. Toutefois, nous pensons que les arrhes restent acquises au vendeur, car elles ont le caractère de clause pénale destinée à indemniser le vendeur du préjudice que lui cause la résolution.

³³ Voir RGR Komm., *loc. cit.*, § 348 N° 1 s.

³⁴ ATF 83 (1957) II 18, cons. 7 = JT 1957 I p. 392 cons. 7. Voir la judicieuse remarque de Thilo, JT 1957 I p. 498 in fine sur la traduction française de « *Zug um Zug* » ; l'expression « trait pour trait » est à son avis inadéquate. *Opinion contraire* : Comment, *loc. cit.*, p. 144, qui admet que les restitutions donnent naissance à deux actions indépendantes l'une de l'autre. Il n'y a pas de simultanéité.

³⁵ Voir Medicus, *loc. cit.*, Rdnr. 223.

³⁶ *Contra* : Engel, *loc. cit.*, p. 398, 494 ; ATF 63 (1935) II 256 = JT 1936 I p. 143.

³⁷ Engel, *loc. cit.*, p. 495 ; von Büren I, *loc. cit.*, p. 380 ; Becker, *loc. cit.*, art. 109 N° 4 ; Lemp, *loc. cit.*, p. 120. *Contra* : von Tuhr-Escher, *loc. cit.*, p. 156 note 100.

de nature contractuelle ; « il faut admettre, dans tous les cas, que l'action de l'art. 109 al. 2 CO doit être traitée d'après les principes relatifs à l'inexécution des contrats, car elle repose indirectement sur une attitude anticontractuelle du débiteur »³⁹. Dès lors, le Tribunal fédéral prévoit une prescription décennale pour cette action ; par là même, dans un souci de logique et de commodité pratique, il fait prescrire l'action en restitution des prestations effectuées par dix années, selon l'art. 127 CO. Nous pensons qu'une telle solution n'est pas exacte, et ceci pour trois raisons :

Tout d'abord, par la déclaration de résolution, le contrat, valablement conclu à l'origine, est caduc ; certes, le Tribunal fédéral précise que « le contrat garde la force de révoquer ses effets antérieurs », mais l'action en dommages-intérêts négatifs n'est pas une action en exécution ; il ne s'agit pas d'exécuter un contrat, il s'agit au contraire de liquider les effets d'un contrat résolu. La prescription décennale de l'art. 127 CO ne se justifie pas dans pareil cas.

Ensuite, on ne voit pas pourquoi le Tribunal fédéral assortit l'action en restitution à la suite d'une résolution d'une prescription décennale, et l'action en restitution à la suite de la libération du débiteur et du créancier (art. 119 al. 2 CO) d'une prescription annale selon l'art. 67 CO⁴⁰.

Enfin, la liquidation des effets du contrat doit se faire rapidement, et une prescription annale s'impose dans ce cas. La meilleure solution semble être dès lors celle de Spiro⁴¹, qui, contestant l'opinion du Tribunal fédéral, fait prescrire l'action en dommages-intérêts (art. 109 al. 2 CO) par une année, par application des art. 99 al. 3 CO et 60 al. 1 CO. La solution est extrêmement intéressante, car, indépendamment de son aspect de liquidation rapide, elle permet, en bonne logique, de faire prescrire les actions en restitution à la suite d'une résolution selon l'art. 67 CO, s'agissant d'un cas d'enrichissement illégitime.

Il est à cet égard significatif de relever que le Tribunal fédéral⁴² a admis une prescription annale (art. 60 al. 1 CO) à l'action en dommages-intérêts pour culpa in contrahendo, et ceci bien que notre Cour suprême assimile la responsabilité précontractuelle à une responsabilité contractuelle⁴³.

³⁸ ATF 60 (1934) II 27 = JT 1934 I p. 184 ; ATF 61 (1935) II 256 = JT 1936 I p. 143 ; ATF 63 (1937) II 252 = JT 1938 I p. 2.

³⁹ ATF 61 (1935) II 256 = JT 1936 I p. 145.

⁴⁰ Voir ATF 63 (1937) II 252 = JT 1938 I p. 2 ss., 7.

⁴¹ Voir Spiro, *loc. cit.*, p. 688 ss., et 719, 720.

⁴² ATF 101 (1975) II 266, 269.

⁴³ ATF 77 (1951) 135 ; ATF 90 (1964) II 449 = JT 1965 I p. 275.

CHAPITRE IV

DÉLIMITATION TERMINOLOGIQUE

Le terme « résolution », tiré du droit français, est assez peu utilisé en Suisse romande. Le Tribunal fédéral, la loi, les auteurs emploient bien souvent une terminologie qui n'est ni particulièrement précise, ni particulièrement exacte. Les expressions, couramment utilisées dans la pratique, d'annulation, de résolution, de résiliation, de révocation, de dénonciation du contrat concernent les effets de l'annulation, de la résiliation, de la résolution, etc., notamment sur le transfert de propriété. Il s'établit une confusion entre tous ces termes et il n'est pas vain d'y apporter un peu de clarté.

A RÉSOLUTION ET RÉSILIATION

Alors que la résolution est une déclaration de volonté laissant le contrat générateur d'obligations valable jusqu'au moment de la résolution, mais enlevant à la disposition la cause *ex nunc* avec effet *ex tunc*¹, la résiliation est une déclaration de volonté mettant fin à un contrat générateur d'obligations et enlevant aux attributions futures la cause *ex nunc* avec effet *ex nunc*. Suivant la terminologie du droit français², c'est la rétroactivité qui distingue la résolution de la résiliation³. La résiliation n'a aucun effet rétroactif ; elle n'agit que dans l'avenir *ex nunc* et ne porte pas atteinte au passé. Une résiliation est un moyen de mettre fin à un rapport d'obligations qui noue entre le débiteur et un créancier un *lien durable*⁴ ; ainsi, on résilie un contrat de bail, de travail ou de société. Il est donc faux de parler de résiliation dans un contrat de vente ou d'autre contrat qui n'établit pas un lien durable entre le débiteur et le

¹ Voir *supra*, p. 21 ss.

² Voir Tandogan, *loc. cit.*, p. 43.

³ Et non, comme le pensent les traducteurs de von Tuhr, le fait qu'en France, la résolution est judiciaire alors qu'en Suisse, elle s'opère par la déclaration du créancier ; von Tuhr (trad. fr.), *loc. cit.*, p. 550 note 92.

⁴ von Büren I, *loc. cit.*, p. 380, note 80 ; von Tuhr-Escher, *loc. cit.*, p. 167.

créancier⁵. Ainsi, dans le cadre des art. 107-109, 195 et 205-208 CO, il ne s'agit pas, comme le dit la loi, d'une résiliation, mais d'une résolution (effet rétroactif). La traduction allemande du mot « résolution » est *Rücktritt* et c'est donc à bon escient que le Code des obligations, édition allemande, parle de *Rücktritt* aux articles susmentionnés.

Bien souvent, la loi emploie — à juste titre — les mots « dénonciation » ou « congé » pour désigner une résiliation ; ainsi, dans le bail (art. 259 al. 2 et 267 CO), le contrat de société (art. 545 al. 1 ch. 6 CO), la loi — dans ses textes français — emploie des expressions correctes⁶. Par contre, le terme que la loi emploie dans le mandat n'est pas exact : en effet, la révocation⁷, qui s'applique généralement aux contrats unilatéraux, a des effets rétroactifs⁸. Ainsi, la révocation est à la dénonciation ce que la résolution est à la résiliation.

Pour ajouter encore un peu de confusion au problème, le Code emploie souvent l'expression « se départir du contrat ». Dans ce cas, il faut entendre une résolution du contrat (résoudre et non résilier le contrat). Ainsi, il est erroné de dire que le preneur a « le droit de se départir du contrat » (art. 254 et 255 CO), puisque le bail étant un contrat de longue durée, il ne peut s'agir que d'une résiliation (ou congé, ou dénonciation)⁹.

En résumé, on emploie les termes « résiliation » ou « congé » ou encore « dénonciation » quand on désire mettre fin à un rapport d'obligations uniquement pour l'avenir, sans effets rétroactifs (sans restitution des prestations effectuées).

B RÉSOLUTION ET RÉVOCATION

La révocation a les mêmes effets que la résolution. C'est une résolution de contrats unilatéraux¹⁰ (ex. : donation, art. 249 CO). Le terme allemand correct est *Widerruf*. Dans le cadre du mandat, il s'agit d'une dénonciation

⁵ Dans la représentation exclusive, la résolution *ex tunc* est impraticable ; il s'agit d'une résiliation (application par analogie des règles relatives au contrat d'agence, art. 418 al. 2 CO). Engel, *loc. cit.*, p. 495 ; Schönle, La concession de revente exclusive, sa validité, son efficacité à l'égard des tiers, Recueil des travaux suisses présentés au IX^e Congrès international de droit comparé, Bâle 1976, p. 169.

⁶ La traduction du mot « congé » ou « dénonciation » est « Kündigung ». Toutefois, l'art. 526 parle de « résiliation » (« Kündigung » dit le texte allemand), alors qu'il s'agit d'une résolution !

⁷ Le terme allemand « Widerruf » n'est pas plus heureux et il vaudrait mieux parler, dans le cadre de l'art. 404 CO, d'une « Kündigung ».

⁸ Ainsi, la révocation d'une donation (art. 249 CO).

⁹ L'art. 21 CO parle de *résiliation* ; Engel, *loc. cit.*, p. 214, dit qu'il ne s'agit pas d'une résiliation, mais d'une résolution (effets *ex tunc*) ; en réalité, il ne s'agit ni d'une résiliation, ni d'une résolution, mais d'une invalidation (effets *ex tunc* et cause *ex tunc*) au même titre que l'invalidation pour vices du consentement !

Par contre, le terme est bien employé à l'art. 366 CO (contrat d'entreprise où il s'agit bien d'une résolution).

¹⁰ Tandogan, *loc. cit.*, p. 44 ; Honegger, *loc. cit.*, p. 28. On parle souvent de révocation-résolution.

(Kündigung) et non d'une révocation (Widerruf)¹¹ : en effet, la révocation par le mandant ou l'assignant porte des effets *ex nunc* et a donc le caractère d'un congé ou d'une dénonciation¹².

C RÉOLUTION ET INVALIDATION

L'invalidation est une déclaration de volonté entraînant la nullité *ex tunc* du contrat générateur d'obligations avec effet *ex tunc* pour la disposition (ex. : invalidation pour vices du consentement, art. 31 al. 1 CO ; invalidation pour lésion — malgré le terme légal mal choisi de résiliation — art. 21 CO). Un acte juridique annulable produit tous ses effets, mais ceux-ci peuvent être détruits rétroactivement (restitution des prestations), soit par le juge, soit par une déclaration de volonté¹³ soumise à réception¹⁴. L'acte annulable, étant provisoirement valable, le devient définitivement si la déclaration d'invalidation (ou le jugement d'annulation)¹⁵ ne survient pas dans un certain délai. En cas de confirmation, le contrat devient définitivement valable et l'invalidation est exclue : il y a ratification du contrat ou de l'acte avec effet rétroactif, donc renonciation à l'invalidation¹⁶.

L'invalidation a non seulement des effets personnels, mais également des effets réels. Elle peut être invoquée à l'égard de toute personne ; il s'agira en fait, comme le fait remarquer justement Guggenheim¹⁷, de la nullité du contrat puisque celui-ci doit préalablement être annulé ; les effets de l'annulation et ceux de la nullité de plein droit sont les mêmes puisque, par l'invalidation, le contrat ou l'acte devient nul.

En cas l'invalidation, on agit comme si le contrat n'avait jamais existé. Ceci s'explique fort bien par le fait que le vice qui entache le rapport juridique existait déjà au moment de la conclusion du contrat. Ainsi, les vices du consentement et la lésion affectent le cocontractant au niveau de la formation de sa volonté. Il en est autrement en cas de résolution pour inexécution car aucun vice n'affecte alors le contrat au moment de sa conclusion. Il est donc logique que, lorsque la convention est entachée d'un vice du consentement ou d'une lésion, l'invalidation anéantisse complètement le contrat vicié.

L'invalidation enlevant à la disposition la cause *ex tunc*, le vendeur d'un contrat entaché de dol ou d'erreur essentielle est resté propriétaire de la chose vendue et peut alors intenter contre son acheteur une action en revendication (art. 641 al. 2 CCS). En effet, en droit suisse, le transfert de propriété est causal, c'est-à-dire que la validité du transfert de pro-

¹¹ Art. 404 CO.

¹² von Tuhr-Escher, *loc. cit.*, p. 168.

¹³ Guggenheim, *loc. cit.*, p. 106.

¹⁴ Voir *supra*, p. 14 sc. ; il s'agit également d'un droit formateur résolutoire.

¹⁵ Le droit français ne connaît pas le principe de la déclaration d'invalidation ; comme pour la résolution, l'annulation doit être prononcée par le juge.

¹⁶ Guggenheim, *loc. cit.*, p. 107-108.

¹⁷ Guggenheim, *loc. cit.*, p. 106-107.

priété dépend de la validité de la cause du contrat générateur d'obligations¹⁸.

Le transfert causal de propriété a été expressément prévu par le législateur en matière de transfert de la propriété immobilière (art. 656 al. 1 CCS, lié avec l'art. 974 al. 2 CCS), la jurisprudence¹⁹ l'ayant consacré pour le transfert de la propriété mobilière. Par l'invalidation du contrat, la cause étant enlevée ex tunc, la propriété n'est jamais passée à l'acquéreur et le vendeur est resté propriétaire de la chose vendue. Ainsi, V vend sa voiture à A pour fr. 5'000.-. Ce faisant, il trompe son acheteur sur les qualités du véhicule. A invalide le contrat pour dol et erreur essentielle (art. 31 al. 1, art. 28, art. 23 et 24 al. 1 ch. 4 CO). Dès lors, V dispose d'une action en revendication (art. 641 al. 2 CCS), étant resté propriétaire du véhicule²⁰. A dispose d'une action en remboursement des fr. 5'000.- sur la base de l'art. 62 al. 1 al. 2 1^{re} hypothèse (condictio sine causa, ob nullam causam)²¹. En effet, malgré l'invalidation du contrat et le transfert causal de la propriété, le Tribunal fédéral²², se basant sur un droit coutumier et sur les difficultés d'individualisation, admet que le vendeur devient propriétaire des espèces versées par l'acheteur.

D RÉSOLUTION ET NULLITÉ DE PLEIN DROIT

La nullité de plein droit est l'invalidité du contrat générateur d'obligations sans qu'une déclaration de volonté, par laquelle un droit formateur est exercé, soit nécessaire ; la nullité de plein droit enlève à la disposition la cause ex tunc avec effet ex tunc ; les effets de la nullité de plein droit et ceux de l'invalidation sont donc identiques²³. Ainsi, l'impossibilité initiale objective et définitive d'exécution d'un contrat générateur d'obligations rend le contrat nul de plein droit (art. 20 CO). Le juge soulève d'office la nullité, car si le contrat est nul de plein droit, le juge est tenu de respecter la situation légale véritable (ne lui étant pas possible de considérer comme valable ce que la loi considère comme nul)²⁴.

¹⁸ Voir Meier-Hayoz, *loc. cit.*, Systematischer Teil, N° 42-44.

¹⁹ ATF 55 (1929) II 302, 306 = JT 1930 I p. 535, 540.

²⁰ Pour les créances cédées, il s'agira d'une action en retransmission de la créance cédée (art. 62 al. 1, ch. 2, 1^{re} hypothèse, condictio sine causa, ob nullam causam), la cession de créances au sens des art. 164 ss. CO étant, selon l'opinion dominante, un contrat de disposition abstrait.

²¹ Et non, comme le dit le Tribunal fédéral, en vertu d'une cause qui a cessé d'exister (condictio ob causam finitam). ATF 87 (1961) II 137 = JT 1961 I p. 604.

²² ATF 47 (1921) II 267, 271.

²³ Action en revendication du vendeur (qui n'a pas perdu la propriété de la chose vendue) et action en remboursement des sommes payées par l'acheteur pour enrichissement illégitime.

²⁴ Guggenheim, *loc. cit.*, p. 100. Il s'agit d'un jugement déclaratif. Voir Engel, *loc. cit.*, p. 182. — Il ne nous appartient pas d'examiner les rapports entre la nullité de plein droit et l'invalidation. Mentionnons simplement que la

E RÉSOLUTION ET CONDITION RÉSOLUTOIRE

Selon l'art. 151 al. 1 CO, le contrat est conditionnel lorsque l'existence de l'obligation qui en forme l'objet est subordonnée à l'arrivée d'un événement futur et incertain dont dépend un événement juridique. La condition résolutoire est la condition dont l'accomplissement doit supprimer les effets du contrat. Le contrat produit des effets dès sa conclusion, mais l'effet juridique cesse de se produire si la condition se réalise.

Il faut distinguer la condition résolutoire casuelle de la condition résolutoire potestative. A l'accomplissement de la condition résolutoire casuelle, l'acte devient caduc ipso facto, même à l'insu des parties ou sans leur volonté. Au contraire, la condition résolutoire potestative dépend du seul décret d'une des parties²⁵. La condition résolutoire casuelle se distingue de la résolution en ce sens que la cause d'extinction du rapport d'obligations n'est pas pour la résolution l'arrivée d'un événement, mais la déclaration de volonté d'une des parties²⁶.

Il faut également bien distinguer la condition résolutoire de la résolution conventionnelle. Le Code des Obligations n'a consacré que la résolution légale pour inexécution des obligations des parties contractantes. Le législateur suisse n'a pas prévu un droit de résolution conventionnel, comme l'a fait le législateur allemand aux §§ 346 ss. BGB. Il est vrai qu'en droit allemand, si les §§ 346-361 BGB ont une grande importance, c'est par le renvoi que le BGB mentionne aux cas de résolution légale (ainsi le § 327 BGB pour les §§ 325, 326 BGB concernant l'impossibilité d'exécution et la demeure, le § 467 BGB pour l'action réhibitoire). Le strict droit de résolution conventionnel tel qu'il est prévu aux §§ 346 ss. BGB n'a qu'une faible importance en droit allemand²⁷.

En droit suisse, bien que la loi ne le prévoit point, les parties peuvent également insérer dans leur convention la faculté de résoudre le contrat. Si la résolution a lieu, les parties sont tenues de se restituer les prestations effectuées.

La résolution conventionnelle se distingue ainsi de la condition résolutoire dans le sens où elle dépend d'une déclaration de volonté d'un co-contractant et non d'un événement futur et incertain²⁸.

nullité de plein droit peut être invoquée par voie d'action ou par voie d'exception par les parties, leurs ayant-cause et tout autre tiers qui a intérêt à la nullité. Engel, *loc. cit.*, p. 182. Guggenheim, *loc. cit.*, p. 99 s., soutient que l'acte ne deviendra jamais valable après coup ; il ne peut devenir valide par l'écoulement du temps, ne peut être confirmé et la disparition de la cause de nullité ne valide pas l'acte juridique nul.

Sur la théorie générale de l'invalidité des actes juridiques, voir Guggenheim, *loc. cit.*, p. 109 ss.

²⁵ Engel, *loc. cit.*, p. 571.

²⁶ von Tuhr-Escher, *loc. cit.*, p. 275.

²⁷ Fikentscher, *loc. cit.*, p. 242.

²⁸ RGR Komm., *loc. cit.*, Vor § 346 N° 14 ; Erman-Westermann, *loc. cit.*, Vor § 346 N° 4.

Enfin, en règle générale, la condition résolutoire n'a pas d'effet rétroactif²⁹. L'art. 154 al. 2 CO institue une présomption légale selon laquelle la condition résolutoire est à considérer comme une condition de résiliation (cessation de la cause ex nunc avec effet ex nunc). Le rapport d'obligations soumis à une condition résolutoire prend fin dès que cette condition se réalise, mais les créances nées entre temps et les prestations fournies subsistent³⁰. Toutefois, par une convention spéciale, les parties peuvent donner à la condition une force rétroactive³¹.

²⁹ RGR Komm., *idem* ; Erman-Westermann, *idem* ; Fikentscher, *loc. cit.*, p. 243.

³⁰ Brox I, *loc. cit.*, Rdnr. 198 ; Engel, *loc. cit.*, p. 576 ; von Tuhr-Escher, *loc. cit.*, p. 276.

³¹ Voir § 159 BGB. La restitution des prestations se fait alors, en droit allemand, selon les règles de l'enrichissement illégitime (§§ 812 ss. BGB) et non selon les §§ 346 ss. BGB ; Erman-Westermann, *idem* ; RGR Komm., *idem*.

CHAPITRE V

RÉPARATION DU DOMMAGE EN CAS DE RÉSOLUTION

A INTRODUCTION

Le contrat ayant force obligatoire, son inexécution est un fait contraire au droit qui conduit normalement à une sanction. L'inexécution au sens large¹ est source de dommage contractuel² ; l'inexécution cause donc un dommage à une partie contractante, dommage que la résolution laisse subsister³ et qu'il y a lieu de réparer. Le dommage est une diminution non volontaire du patrimoine ; on peut le définir comme la « Differenz zwischen dem gegenwärtigen Stand des Vermögens des Geschädigten und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte »⁴.

I. *Le droit français*

Le droit français, après la résolution, permet au créancier de réclamer des dommages-intérêts, mais il ne fait pas comme le droit suisse la distinction fondamentale entre la réparation de l'intérêt positif et celle de l'intérêt négatif. En effet, selon le droit français, le montant des dommages-intérêts doit couvrir l'intégralité du préjudice subi par le créancier ; c'est là une règle essentielle qui s'applique aussi bien à la responsabilité contractuelle qu'à la responsabilité délictuelle⁵. Le créancier peut donc réclamer à son débiteur des dommages-intérêts pour inexécution (*damnum emergens* et *lucrum cessans*), c'est-à-dire, transposés en droit suisse, des dommages-intérêts positifs. C'est l'ancienne solution du Code

¹ Il s'agit de l'inexécution au sens large qui englobe l'inexécution au sens étroit, la mauvaise exécution, l'exécution défectueuse et le retard dans l'exécution.

² Cuendet, *loc. cit.*, p. 38.

³ von Tuhr-Escher, *loc. cit.*, p. 156.

⁴ Oftinger, *loc. cit.*, p. 54.

⁵ Weill-Terré, *loc. cit.*, N° 432. Voir toutefois l'art. 1599 Code civ. où il pourrait s'agir de dommages-intérêts négatifs.

des obligations de 1881 (art. 124 et 125) et qui est reprise par une certaine partie de la doctrine en Suisse ⁶.

II. *Droit allemand*

Le droit allemand, à l'inverse du droit français, ne connaît pas le cumul de dommages-intérêts avec la résolution ; le créancier (outre l'exécution) ne peut demander que les dommages-intérêts positifs ou la résolution (§§ 325, 326 BGB) ; mais l'option en faveur d'une voie exclut automatiquement l'autre voie.

Il est en effet logique d'exclure la réparation de l'intérêt positif en cas de résolution ⁷. Attendu que la déclaration de résolution exprime la volonté de revenir au statu quo ante, elle contient nécessairement la renonciation aux dommages-intérêts positifs (pour inexécution), qui ne peuvent se fonder que sur un contrat existant ⁸.

Mais quid de l'intérêt négatif ? Le droit allemand ne connaît, à cet égard, l'intérêt négatif que comme réparation de la confiance déçue qu'une partie avait portée dans la validité du contrat (*Vertrauensschaden*) ⁹ ; il s'agit donc de cas de culpa in contrahendo ; mais le droit allemand ne connaît pas la violation d'une obligation contractuelle comme fondement de la réparation de l'intérêt négatif ¹⁰.

A notre connaissance, seul Heinrich Stoll ¹¹ a admis qu'une réparation de l'intérêt négatif était compatible avec une résolution du contrat. Toutefois, Stoll n'a pas été suivi et le principe n'a jamais été admis ni dans la doctrine, ni dans la jurisprudence.

Néanmoins, dans le domaine de la garantie des défauts de la chose, l'art. 467 BGB prévoit, en cas d'action rédhibitoire, l'obligation pour le vendeur de rembourser à l'acheteur les frais de conclusion du contrat. Il s'agit donc de la réparation de l'intérêt négatif dont le contenu est toutefois limité au *damnum emergens* ¹² ; mais c'est, à notre connaissance,

⁶ A ce sujet, voir *infra*, p. 41 ss.

⁷ Sur la situation en Suisse, voir *infra*, p. 41 ss.

⁸ Constantinesco, *loc. cit.*, p. 300. Selon Leser, *loc. cit.*, p. 147, l'incompatibilité entre la résolution et les dommages-intérêts résulte de la notion de résolution que dégage cet auteur qui apparaît comme « ein beschränkter Behelf », principe duquel le droit de résolution tire son indépendance.

Quoi qu'il en soit, Leser, *loc. cit.*, p. 147-148, admet que la résolution et les dommages-intérêts positifs poursuivent des buts différents et qu'ils s'excluent automatiquement.

⁹ §§ 122 BGB (invalidation pour vices de consentement), 179 BGB (représentation), 307 BGB (culpa in contrahendo).

¹⁰ Comme c'est le cas en droit suisse avec l'art. 109 al. 2 CO.

¹¹ Stoll Heinrich, Rücktritt und Schadenersatz, AcP 131 (1929), p. 141, cité par Leser, *loc. cit.*, p. 148.

¹² Sur le contenu de l'intérêt négatif (*damnum emergens* et *lucrum cessans*), voir *infra*, p. 47 ss.

le seul cas où la réparation de l'intérêt négatif est prévu à côté d'une résolution¹³.

Le non-cumul entre la résolution et les dommages-intérêts négatifs peut être critiqué. Il ne nous appartient certes pas — à ce stade — de faire une critique exhaustive de la solution du droit allemand. Toutefois, en guise de conclusion, nous nous bornerons à faire deux remarques.

D'une part, l'opinion selon laquelle il est inutile d'accorder au créancier des dommages-intérêts en cas de résolution — car la « Differenztheorie » en cas de dommages-intérêts pour l'inexécution conduit à une véritable résolution avec dommages-intérêts positifs — est erronée¹⁴ ; en effet, si en cas de dommages-intérêts pour inexécution calculés selon la « Differenztheorie », le créancier est libéré de fournir sa propre prestation, il n'en reste pas moins vrai que la résolution conduit à la caducité du contrat, alors que des dommages-intérêts pour inexécution supposent au contraire le maintien du contrat. Ce sont donc deux notions différentes qu'il y a lieu de ne pas confondre.

D'autre part, la résolution vise à rétablir le créancier dans la situation dans laquelle il était avant la conclusion du contrat ; dès lors, il apparaît surprenant de ne prévoir, dans ce cas, que la possibilité de se restituer les prestations effectuées. La seule restitution de prestations n'aboutit pas à rétablir la situation antérieure au contrat ; ainsi, à tout le moins, les frais que le créancier a engagés en vue de la conclusion du contrat actuellement caduc doivent être remboursés. C'est la seule solution claire et logique si l'on veut rétablir, pour les parties, la situation qui était la leur avant la conclusion du contrat.

III. Le droit suisse

En droit contractuel, on distingue deux sortes d'intérêts (de dommages) : l'intérêt positif, ou « Erfüllungsinteresse », et l'intérêt négatif, ou « Vertrauensschaden »¹⁵.

Il s'agit tout d'abord de déterminer le contenu de ces deux notions et de savoir lequel de ces deux intérêts le créancier qui résout un contrat peut réclamer. Il n'est enfin pas vain de noter qu'en cas de résolution dans le droit de la vente (art. 107-109 CO, 195 et 208 CO), le Code prévoit toujours la possibilité de réclamer à côté de la résolution des dommages-intérêts. Il n'en est pas de même en cas d'invalidation ou de nullité de

¹³ Constantinesco, *loc. cit.*, p. 301, explique cette solution par le caractère non judiciaire de la résolution en droit allemand ; le créancier déclarant la résolution ne peut également déclarer ses propres dommages-intérêts. Cette solution ne saurait nous satisfaire. Certes, il serait choquant que le créancier puisse « déclarer » ses dommages-intérêts ; cependant, qu'est-ce qui empêche le créancier de déclarer la résolution, mais de réclamer au juge, seule autorité habilitée à fixer l'étendue de la réparation, des dommages-intérêts, comme c'est le cas en droit suisse ?

¹⁴ Sur ce problème en droit suisse, voir *infra*, p. 95.

plein droit ; ainsi, en cas d'invalidation pour erreur essentielle, l'art. 26 CO ne prévoit une réparation du dommage qu'en faveur de la partie qui n'a pas invalidé de contrat. L'art. 26 al. 1 CO lui accorde alors une action en dommages-intérêts négatifs, l'art. 26 al. 2 CO lui accordant, si l'équité l'exige, des dommages-intérêts plus considérables. Nous ne partageons pas l'opinion d'une partie de la doctrine suisse^{15bis} qui soutient que les dommages-intérêts plus considérables de l'art. 26 al. 2 CO (ou 39 al. 2 CO) représentent l'intérêt à l'exécution, ou bien encore des dommages-intérêts positifs extracontractuels — formulation pour le moins ambiguë — comme le défendent certains auteurs¹⁶. A notre sens, les notions de dommages-intérêts positifs ou négatifs ne se rencontrent qu'en matière de responsabilité contractuelle. L'intérêt positif ou intérêt à l'exécution ne peut être réclamé que sur la base d'un contrat valablement conclu et toujours existant. Or, l'art. 26 al. 2 CO concerne des dommages-intérêts en cas d'invalidation du contrat et l'art. 39 al. 2 CO se réfère à la réparation du dommage en cas de non-conclusion d'un contrat, le représentant ayant agi sans pouvoirs. Aussi, ces deux dispositions ne peuvent-elles sanctionner l'intérêt à l'exécution puisque dans les deux cas, il n'y a pas de contrat valable et maintenu. L'opinion de la doctrine dominante nous paraît ainsi dogmatiquement erronée. A notre avis, l'art. 26 al. 1 concerne la réparation de l'intérêt négatif ; l'art. 26 al. 2 permet au juge d'accorder à la partie qui n'a pas invalidé le contrat des dommages-intérêts supérieurs à l'intérêt négatif, mais qui ne représentent pas l'intérêt à l'exécution et ne sont pas limités par le montant des dommages-intérêts positifs. Ils peuvent être, le cas échéant, supérieurs à l'intérêt positif.

La partie qui a invalidé le contrat peut néanmoins réclamer des dommages-intérêts négatifs si elle établit une culpa in contrahendo de son co-contractant. Il ne peut s'agir que de la réparation de l'intérêt négatif vu l'invalidation du contrat, la partie qui s'est trouvée dans l'erreur essentielle devant alors être remise dans la situation où elle se serait trouvée si le contrat n'avait pas été conclu. Le droit suisse ne connaît pas, conformément au droit allemand (§ 307 BGB), de disposition particulière en cas de culpa in contrahendo. Il y a lacune de la loi que la jurisprudence et la doctrine comblent en appliquant les règles sur la bonne foi (art. 2 CCS), ainsi qu'une règle coutumière formée en application par analogie des art. 26, 39 et 109 CO (règles protégeant la confiance, ainsi que le § 307 BGB)¹⁷. Ainsi, si l'acheteur invalide le contrat de vente d'une chose défectueuse, il dispose contre son vendeur d'une action en remboursement du prix payé (art. 62 al. 1, al. 2, 1^{re} hypothèse, *condictio ob nullam causam*), ainsi qu'une action en dommages-intérêts néga-

¹⁵ Cuendet, *loc. cit.*, p. 60.

^{15bis} Guhl-Merz-Kummer, *loc. cit.*, p. 140 ; von Tuhr-Sieggwart, *loc. cit.*, p. 281 ; Engel, *loc. cit.*, p. 276.

¹⁶ Voir Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 39 N° 6 et 16 ; Becker, *loc. cit.*, Art. 26 N° 5 et 10, Art. 39 N° 7. Voir également Piotet, *loc. cit.*, p. 83 s., qui estime que les art. 26 al. 2 et 39 al. 2 CO concernent la réparation du dommage indirect par opposition au dommage direct des art. 26 al. 1 et 39 al. 1 CO.

tifs en cas de violation fautive des obligations précontractuelles par le vendeur.

B RÉPARATION DE L'INTÉRÊT POSITIF

1. *Notion de l'intérêt positif*

L'intérêt positif ou intérêt à l'exécution (« Erfüllungsinteresse ») est l'intérêt du créancier à la fidèle exécution du contrat¹⁸. Il ne s'agit pas uniquement de l'intérêt à l'exécution, mais également de l'intérêt à la bonne exécution.

L'intérêt positif signifie donc le dommage que le créancier subit par le fait que le débiteur n'exécute pas son obligation, l'exécute mal ou ne l'accomplit pas à temps. Ce sera la différence entre l'état du patrimoine en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution et celui en cas de bonne exécution¹⁹. On peut formuler la question de façon positive²⁰ : quel serait le montant du patrimoine du lésé si le débiteur avait régulièrement exécuté sa prestation ? L'écart entre ce montant et le véritable état de son patrimoine représente l'intérêt positif.

Il s'agit donc de replacer le créancier dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si le contrat avait été bien exécuté. L'intérêt positif suppose donc un *contrat valable*. Il s'agit là de la condition sine qua non pour réclamer la réparation de l'intérêt positif et on ne saurait demander des dommages-intérêts positifs si le contrat est nul, invalide ou caduc²¹. Le contrat doit donc être valable et maintenu²².

¹⁷ ATF 36 (1910) II 193, 203 ; ATF 40 (1914) II 371 = JT 1915 p. 290 ; ATF 49 (1923) II 54, 56 ; SJZ 19 (1922/23) p. 107 N° 22. Barth, *loc. cit.*, p. 16 ; von Tuhr-Siegmart, *loc. cit.*, p. 246 ; Becker, *loc. cit.*, Art. 20 N° 14 ; Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 20 N° 12 ; Engel, *loc. cit.*, p. 207 ; Keller, *loc. cit.*, p. 124 s.

¹⁸ Cuendet, *loc. cit.*, p. 61 ; von Tuhr-Peter, *loc. cit.*, p. 86 ; Keller, *das negative Interesse im Verhältnis zum positiven Interesse*, thèse Zurich 1949, p. 3, qui estime — à juste titre — qu'il vaut mieux employer l'expression « positives Vertragsinteresse », le terme « positive Interesse » ayant une signification plus large, concernant l'intérêt à l'arrivée d'un quelconque événement avantageux.

¹⁹ Keller, *loc. cit.*, p. 4.

²⁰ Guhl-Merz-Kummer, *loc. cit.*, p. 88, par opposition à l'intérêt négatif où la question est posée de manière négative. Voir *infra*, p. 44 ss.

²¹ Voir *infra*, p. 41 ss.

²² Ainsi, le dommage au sens de l'art. 97 al. 1 CO représente l'intérêt positif (dommages-intérêts pour inexécution) ; idem pour l'art. 107 al. 2, voie N° 2 CO, où le créancier renonce à l'exécution, mais maintient le contrat (dommages-intérêts pour inexécution).

II. Contenu de l'intérêt positif

1. — Le dommage positif

Il s'agit du *damnum emergens* ou de la perte effective (*der entstandene Schaden*), c'est-à-dire de la diminution effective de la fortune nette²³, qui se manifeste soit sous la forme d'un amoindrissement de l'actif, soit sous la forme d'une augmentation du passif.

Parmi les exemples de *damnum emergens*, on peut mentionner :

- (a) le *Haftungsinteresse*, c'est-à-dire selon von Tuhr²⁴, l'« intérêt fondé sur la responsabilité » ; ce sont les dommages-intérêts que le créancier peut devoir à son co-contractant lorsque, du fait de l'inexécution de son débiteur, il ne peut pas lui-même s'exécuter²⁵ ;
- (b) les frais que le lésé supporte en prenant des mesures pour détourner ou diminuer le dommage²⁶ ;
- (c) les frais de procès entre le créancier et un tiers²⁷.

2. — Le gain manqué

Le gain manqué, ou *lucrum cessans*, représente la somme dont aurait dû s'augmenter le patrimoine du lésé si l'événement dommageable ne s'était pas produit²⁸.

Le plus souvent, le calcul du gain manqué ne peut être qu'hypothétique. C'est la perte d'un gain éventuel et on doit déterminer si le dommage est certain²⁹. Dans le cas où le juge ne peut pas déterminer avec certitude le gain manqué, il doit cependant accorder une indemnité pour le gain qui aurait vraisemblablement été réalisé ; pour ce faire, il tiendra compte

²³ Engel, *loc. cit.*, p. 324 ; Oftinger, *loc. cit.*, p. 55. Il ne faut pas confondre l'intérêt positif et le dommage positif, qui en est un élément ; von Tuhr, trad. fr., *loc. cit.*, p. 498, appelle l'intérêt à l'exécution le dommage positif ; idem pour Gauch, Schluep, Tercier, *loc. cit.*, N° 1327 ; voir aussi ATF 61 (1935) II 259 = JT 1936 I p. 166, consid. 4a, où « positive Vertragsinteresse » a été traduit par « dommage positif ».

²⁴ von Tuhr (trad. fr.), *loc. cit.*, p. 508.

²⁵ Cuendet, *loc. cit.*, p. 62 ; toutefois, on admettra cet « *Haftungsinteresse* » que s'il n'était pas possible au débiteur de se couvrir d'une autre façon (le lésé devant faire tout ce qu'il peut pour diminuer le dommage). Voir Cuendet, idem ; Becker, *loc. cit.*, art. 97 N° 35.

²⁶ Cuendet, *loc. cit.*, p. 62 ; Becker, *loc. cit.*, Art. 99 N° 37 ; Oftinger, *loc. cit.*, p. 268 ; von Tuhr-Peter, *loc. cit.*, p. 113-114.

²⁷ Cuendet, *loc. cit.*, p. 63 ; Becker, *loc. cit.*, Art. 97 N° 36 ; les frais entre le débiteur et le créancier sont réglés suivant les règles de procédure cantonale. Voir ATF 79 (1953) II 376 cons. 5 = JT 1954 I p. 381.

²⁸ Cuendet, *loc. cit.*, p. 63-64 ; Becker, *loc. cit.*, Art. 97 N° 37 ; Guhl-Merz-Kummer, *loc. cit.*, p. 86 ; von Tuhr-Peter, *loc. cit.*, p. 85, 100-101 ; Oftinger, *loc. cit.*, p. 56.

²⁹ Cuendet, *loc. cit.*, p. 64 ; voir toutefois Becker, *loc. cit.*, Art. 97 N° 38 et von Tuhr-Peter, *loc. cit.*, p. 100.

du cours ordinaire des choses et des mesures prises par le lésé, conformément à l'art. 42 al. 2 CO ³⁰.

Le *lucrum cessans* est en général la conséquence d'un *damnum emergens* ³¹. Ainsi, toutes les fois qu'un appareil ou une machine servant à l'exploitation d'une entreprise sont ensommagés ou présentent un défaut (*damnum emergens*) et ne peuvent immédiatement être réparés ou remplacés, il en résulte une perte (*lucrum cessans*) ³². Enfin, en accord avec Keller ³³, nous pensons que le gain manqué apparaît comme la forme typique du dommage de l'intérêt à l'exécution, la mauvaise exécution signifiant une diminution du gain. Le *lucrum cessans* découle donc de l'essence même de l'intérêt positif.

III. Application de l'intérêt positif à la résolution ?

Nous avons vu que l'intérêt positif était l'intérêt à l'exécution du contrat ; il vise à remettre le créancier dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si le contrat avait été bien exécuté. Dès lors, peut-on demander des dommages-intérêts positifs à côté d'une résolution ? A cette question, sur laquelle la doctrine et la jurisprudence ont essayé de dégager une solution vainement cohérente, nous répondons sans équivoque : on ne peut à la fois demander la résolution et des dommages-intérêts positifs. En effet, il n'est pas envisageable de réclamer d'un côté la caducité du contrat et d'un autre côté l'exécution du contrat ; on ne peut raisonnablement pas, tout en ne maintenant pas le contrat, réclamer l'intérêt à l'exécution du contrat. Résolution et dommages-intérêts positifs s'excluent l'un et l'autre ; le cumul de ces deux notions conduirait à une contradiction inacceptable. Il n'est, en effet, pas possible de soutenir raisonnablement qu'une partie puisse, tout en se départant du contrat (c'est-à-dire en se dégageant du lien contractuel) réclamer ce que l'exécution du contrat lui aurait apporté. L'opinion selon laquelle ³⁴, en cas de résolution, il y a eu contrat valable qui a donné naissance à des obligations ne nous paraît pas suffisante pour admettre la réparation de l'intérêt positif ; certes, il n'y a pas nullité ou invalidation du contrat, auquel cas celui-ci n'a jamais produit d'effets et où on ne peut donc lui accorder des conséquences juridiques qu'il n'a jamais comportées ; mais, en cas de résolution, le créancier se départ du contrat, c'est-à-dire qu'il ne désire plus en entendre parler. Dès lors, lui permettre de réclamer ce qu'il aurait eu si le contrat avait été bien exécuté conduit à une contradiction inadmis-

³⁰ Si le créancier prétend avoir été privé d'un gain exceptionnel, il ne peut obtenir une indemnité que si, d'après les circonstances particulières du cas, ce gain paraît probable.

³¹ Cuendet, *loc. cit.*, p. 64 ; Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 97 N° 10.

³² Cuendet, *loc. cit.*, p. 64.

³³ Keller, *loc. cit.*, p. 18 ; von Büren, *loc. cit.*, p. 43.

³⁴ Secrétan, *loc. cit.*, p. 43 ; Martin, *loc. cit.*, ZSR, p. 127 ; Engel, *loc. cit.*, p. 496 ; Wiemken, *loc. cit.*, p. 94 ss.

sible. Nous sommes donc placés devant l'alternative suivante : ou bien le créancier maintient le contrat et peut demander des dommages-intérêts pour l'inexécution, ou bien il résout le contrat et alors il ne peut se voir réparer que son intérêt négatif, c'est-à-dire qu'il sera remis dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si le contrat n'avait pas été conclu.

1. — *La position de la doctrine*

Pourtant, malgré la contradiction qu'entraînerait le cumul de ces deux notions, certains auteurs ont néanmoins admis une possibilité de réparation de l'intérêt positif. Ainsi, Yung³⁵, puis Secrétan³⁶ — à la suite du fameux arrêt Noba S.A. c. AG für chemische Produkte³⁷ — ont permis à une partie qui résout un contrat de réclamer des dommages-intérêts positifs. En effet, selon ces auteurs, en cas de demeure du débiteur de l'acheteur, le vendeur se trouve confronté au dilemme suivant : soit il désire la réparation de son intérêt positif, et alors, en vertu de la théorie de l'échange, il doit garder la chose à disposition de l'acheteur (ce qui constitue une entrave au commerce) ; soit, il désire se libérer du lien contractuel, et revendre la chose à un tiers mais ne peut, dans ce cas, réclamer que la réparation de son intérêt négatif. Aussi, proposent Yung et Secrétan, il serait sain et logique d'accorder au créancier qui résout le contrat la possibilité de réclamer des dommages-intérêts positifs. Becker³⁸ admet également la possibilité de réclamer des dommages-intérêts positifs en cas de résolution.

2. — *Critiques*

L'opinion des auteurs cités doit être fermement critiquée. A ce sujet, il convient de faire deux remarques :

- (a) Tout d'abord, s'il est vrai que l'ancien droit connaissait le cumul des dommages-intérêts positifs et de la résolution, cette solution a néanmoins été abandonnée lors de la révision de 1911. Le législateur, inspiré du récent BGB, a admis une troisième voie dans le cadre de la demeure du débiteur : le créancier peut renoncer à l'exécution et demander des dommages-intérêts pour inexécution ; dès lors, quelle serait la portée de cette nouvelle voie si on admettait la réparation de l'intérêt positif en cas de résolution ? Par l'adoption de l'actuelle voie N° 2 de l'art. 107 al. 2 CO, le législateur a renoncé à réparer l'intérêt positif du créancier qui résout le contrat (art. 107 al. 2 voie

³⁵ Yung, *loc. cit.*, p. 325,

³⁶ Secrétan, *loc. cit.*, p. 43.

³⁷ ATF 65 (1939) II 171 = JT 1940 I p. 105 = SemJud 62 (1940) p. 431.

³⁸ Becker, *loc. cit.*, Art. 215 N° 4. Sur l'opinion de Simonius, qui admet également (dans l'art. 109 al. 2 CO) la réparation de l'intérêt positif, voir *infra*, p. 46 s.

N° 3 CO). Sinon, à notre avis, jamais le législateur n'aurait prévu l'art. 109 al. 2 CO concernant la seule réparation du « dommage résultant de la caducité du contrat ».

Le problème est néanmoins rendu nébuleux par l'absence de coordination des différentes dispositions sur la demeure du débiteur. Ainsi, en cas de demeure de l'acheteur, le Code de 1881 prévoyait le droit de résolution du contrat (art. 263) avec dommages-intérêts positifs. Cette solution a été expressément reprise par le législateur de 1911 qui n'a malheureusement pas coordonné les nouvelles dispositions avec la nouvelle teneur de l'art. 107 al. 2 CO. Ainsi, on doit admettre en bonne logique que les art. 214 et 215 CO s'excluent mutuellement ! Il n'y a pas de « relation systématique »³⁹, ni de « rapport étroit entre ces deux dispositions »⁴⁰. Il y a totale indépendance entre ces deux articles ! Aussi, si le vendeur désire, dans le cadre de la vente commerciale, réclamer la réparation de son intérêt positif (art. 215 CO), il doit partir sur l'art. 107 al. 2 voie N° 2 CO et renoncer à l'exécution ; s'il part sur l'art. 214 CO (résolution du contrat), il ne peut demander des dommages-intérêts positifs selon l'art. 215 CO, mais n'a droit qu'à la réparation de son intérêt négatif selon l'art. 109 al. 2 CO. L'art. 215 CO ne s'applique donc jamais quand l'art. 214 CO s'applique ! Il y a donc un chassé-croisé entre les art. 107, 109, 214 et 215 CO, situation pour le moins ambiguë⁴¹.

- (b) Néanmoins, le fameux dilemme devant lequel se trouve le vendeur en cas de demeure de débiteur de l'acheteur est réel⁴². Il y a toutefois deux moyens pour le vendeur de sortir de cette situation inadmissible (c'est-à-dire pouvoir être pleinement indemnisé sans toutefois affectuer sa prestation) : le premier consiste à autoriser le créancier qui résout le contrat à réclamer des dommages-intérêts pour inexécution⁴³. Nous refusons catégoriquement une telle solution qui contient en elle une contradiction inadmissible^{43bis}. Certes, la résolution du contrat, au contraire de l'invalidation ou de la nullité, laisse valablement subsister le contrat générateur d'obligations jusqu'au moment de la résolution ; néanmoins, des dommages-intérêts positifs ne peu-

³⁹ Becker, *loc. cit.*, Art. 215 N° 4, qui a été trop influencé par l'ancien droit.

⁴⁰ ATF 49 (1923) II 28 = JT 1923 I p. 370.

⁴¹ Voir Keller, *loc. cit.*, p. 206 ss. ; Secrétan, *loc. cit.*, p. 46 ; Comment, *loc. cit.*, p. 155 ; Giger, *loc. cit.*, Art. 214 N° 6. La situation est différente dans le cadre de la demeure de débiteur de l'acheteur. En effet, l'art. 190 CO prévoit la présomption de renonciation à l'exécution (art. 107 al. 2 voie N° 2 CO). L'art. 191 CO prévoit donc logiquement des dommages-intérêts pour inexécution. Ajoutons toutefois que l'acheteur peut néanmoins résoudre le contrat selon l'art. 107 al. 2 voie N° 3 CO et réclamer des dommages-intérêts négatifs selon l'art. 109 al. 2 CO.

⁴² Yung, *loc. cit.*, p. 325 ; Secrétan, *loc. cit.*, p. 43.

⁴³ Yung, *loc. cit.*, idem.

^{43bis} von Tuhr-Escher, *loc. cit.*, p. 156 : « wenn der Gläubiger zurücktritt, kann er selbstverständlich keinen Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen, er die Erfüllung selbst abgelehrt hat. »

vent en aucun cas être réclamés sur la base d'un contrat qui ne déploie pas de force obligatoire ; or, c'est bien le cas lorsque le contrat est résolu ⁴⁴.

Le deuxième moyen consiste à dispenser le créancier, qui choisit d'opter pour les dommages-intérêts positifs, d'effectuer sa propre prestation et de calculer ainsi ses dommages-intérêts selon la théorie de la différence. C'est la seule solution saine et logique pour préserver les intérêts du vendeur et nous nous prononçons pour une application de la théorie de la différence aux ventes non commerciales, appliquant ainsi les conséquences juridiques des art. 191 et 215 CO aux ventes civiles ⁴⁵. Ainsi, le créancier n'a pas besoin d'exécuter sa propre prestation comme c'est le cas avec l'application de la théorie de l'échange ; il en impute uniquement la valeur sur les dommages-intérêts dus par le débiteur.

En conclusion, nous refusons la réparation de l'intérêt positif en cas de résolution du contrat. Admettre, notamment en cas de demeure, le cumul de la résolution et des dommages-intérêts positifs vide de toute substance le droit d'option de l'art. 107 CO. Quelle serait alors l'utilité de la 3^e voie de cette disposition ? Admettre le cumul est également dogmatiquement erroné, les dommages-intérêts pour inexécution — qui visent à replacer le créancier dans la situation où il serait si le contrat avait été bien exécuté — ne pouvant être réclamés que sur la base d'un contrat non seulement valablement conclu, mais également intégralement maintenu. Le créancier qui résout le contrat ne peut demander que des dommages-intérêts négatifs tels que le prévoit à juste titre l'art. 109 al. 2 CO.

C RÉPARATION DE L'INTÉRÊT NÉGATIF

I. *Notion*

L'intérêt négatif est l'intérêt à la non conclusion du contrat. La réparation de l'intérêt négatif, cette « notion vicieuse » dont parle Yung ⁴⁶, vise à replacer le créancier dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si le contrat n'avait pas été conclu. Dans ce cadre, on pose la question de manière négative : quel serait le montant du patrimoine du lésé s'il n'avait pas conclu le contrat et n'avait donc pas compté sur son exécution ⁴⁷ ? L'intérêt négatif est la différence entre la situation actuelle

⁴⁴ Voir Yung, *loc. cit.*, p. 325, qui admet que l'intérêt négatif est inapplicable au cas où la dissolution d'un contrat valablement formé a pour cause l'inaccomplissement des obligations du débiteur.

⁴⁵ Sur la théorie de la différence et son application aux ventes civiles en vertu d'un droit coutumier, voir *infra*, p. 92.

⁴⁶ Yung, *loc. cit.*, p. 325.

⁴⁷ Guhl-Merz-Kummer, *loc. cit.*, p. 88.

du patrimoine et celle qui existait avant la conclusion du contrat⁴⁸. Keller⁴⁹ définit l'intérêt négatif comme « das Interesse am Nichteintritt irgendeines schädigenden Ereignisses und in einem engerm Sinn das Interesse am Nichteintritt eines schädigen Ereignisses infolge Verletzung einer vorvertraglichen Pflicht ».

II. *Le fondement de l'intérêt négatif*

L'intérêt négatif se présente sous deux formes distinctes⁵⁰ :

1. — *Le « Vertrauensschaden »*

Il s'agit du dommage résultant de la « confiance déçue » ou du « dommage né de la confiance »⁵¹. C'est le dommage qu'il y a lieu de réparer quand un contrat n'est pas venu à chef, est nul ou invalidé et qu'une partie a subi un préjudice pour s'être légitimement fiée à une apparence de contrat valable. Keller définit l'intérêt négatif, dans ce cadre, comme « le dommage qui résulte de ce qu'on a éveillé et trompé une confiance justifiée en l'efficacité du contrat ou dans le fait que le contrat est venu — ou va venir — à chef »⁵². Ainsi, les art. 26 CO (invalidation du contrat pour erreur essentielle), 39 CO (représentation sans pouvoir) visent-ils à la réparation du « Vertrauensschaden »⁵³ ; le comportement dommageable ne réside pas ici dans la violation d'un contrat, mais dans la tromperie ou l'éveil de la confiance en la validité d'un contrat inefficace.

2. — *La violation d'une obligation contractuelle*

Le droit suisse, contrairement au droit allemand⁵⁴, connaît la réparation de l'intérêt négatif en cas de violation d'un devoir contractuel. Il n'y a pas, à ce stade, de dommage résultant de la confiance déçue, le créancier n'ayant pas eu sa confiance en l'efficacité du contrat trompée, car le contrat est valable. Il s'agit de la conséquence de l'inexécution d'une obligation, mettant en œuvre une responsabilité contractuelle⁵⁵ ; il y a un droit à la réparation de l'intérêt négatif, parce que le créancier doit renoncer à l'exécution et se départir du contrat par la faute du débiteur.

⁴⁸ von Büren, I, *loc. cit.*, p. 43.

⁴⁹ Keller, *loc. cit.*, p. 5.

⁵⁰ von Tuhr-Peter, *loc. cit.*, p. 86-87 ; Keller, *loc. cit.*, p. 5 ss. ; Cuendet, *loc. cit.*, p. 65.

⁵¹ von Tuhr (trad. fr.), *loc. cit.*, p. 51.

⁵² Keller, *loc. cit.*, p. 10.

⁵³ Pour une étude approfondie de ce domaine, voir l'ouvrage de Piotet et la thèse de Keller.

⁵⁴ L'intérêt négatif est uniquement prévu aux § 122, 179 et 307 BGB qui sont des cas de « Vertrauensschaden ».

⁵⁵ Cuendet, *loc. cit.*, p. 55 ; Keller, *loc. cit.*, p. 180 ss. ; von Tuhr-Peter, *loc. cit.*, p. 86-87.

Mais, in casu, le législateur n'a pas voulu, à juste titre, que le créancier qui choisissait la résolution du contrat puisse, en même temps, réclamer ce qu'il aurait eu si le contrat avait été exécuté ; aussi a-t-il prévu dans ce cas la réparation de l'intérêt négatif, qui représente l'intérêt du créancier à ce que le contrat n'ait pas été conclu. Von Tuhr⁵⁶ l'appelle « le dommage que quelqu'un subit du fait de la conclusion du contrat ».

Simonius⁵⁷, sur le fondement de l'intérêt négatif, a une opinion tout à fait particulière. Le fondement de la réparation du dommage que laisse subsister la résolution dans le cadre de l'art. 109 al. 2 CO est l'inexécution du contrat. Dès lors — selon cet auteur —, le dommage qui naît de l'inexécution est l'intérêt à l'exécution (« Erfüllungsinteresse »), c'est-à-dire l'intérêt positif. Selon Simonius, l'art. 109 al. 2 CO, qui parle du « dommage résultant de la caducité du contrat, est un corps étranger dans notre droit ». Aussi admet-il que l'intérêt négatif ne s'applique qu'aux cas de « Vertrauensschaden » et qu'en cas d'inexécution (qu'il y ait résolution ou maintien du contrat), il y a lieu de réparer l'intérêt positif (intérêt à l'exécution)⁵⁸.

Cette manière de limiter l'intérêt positif à la responsabilité contractuelle et l'intérêt négatif à la responsabilité non contractuelle ne saurait nous satisfaire. Il n'y a pas de doute que le législateur a expressément admis la réparation de l'intérêt négatif dans l'art. 109 al. 2 CO, même si l'expression allemande « aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsene Schaden » ne fait peut-être pas apparaître dans toute sa clarté la distinction entre intérêt positif et intérêt négatif. Pourquoi le fondement de l'intérêt négatif ne saurait-il être l'inexécution d'un contrat ? C'est la seule solution saine et logique si l'on veut éviter les contradictions qu'implique la réparation de l'intérêt positif à côté d'une résolution⁵⁹.

⁵⁶ von Tuhr (trad. fr.), *loc. cit.*, p. 71 ; Keller, *loc. cit.*, p. 181, admet que le fondement direct de l'intérêt négatif est, dans ce cadre, l'identité d'une situation produite avec celle d'une tromperie de la confiance ; mais, ne s'agissant pas d'un « Vertrauensschaden », cet auteur critique, in casu, l'emploi du mot « intérêt négatif ». Pour notre part, nous ne voyons pas quelle autre expression employer dans ce cas. L'intérêt négatif, si nébuleux soit-il, signifie l'intérêt à la non-conclusion du contrat, c'est-à-dire l'intérêt du créancier à être placé dans la situation qui serait la sienne si le contrat n'avait pas été conclu ; c'est justement ce qui est logique de réparer après une résolution.

⁵⁷ Simonius, *loc. cit.*, p. 225 ss.

⁵⁸ Dans le cadre des art. 26 al. 2 et 39 al. 2 CO, il ne peut s'agir, selon Simonius, de la réparation de l'intérêt positif, puisque, n'ayant pas de contrat, il ne peut y avoir inexécution ! Cette opinion nous paraît parfaitement erronée, mais Simonius, logique jusqu'au bout, est prisonnier de son propre piège.

Remarquons toutefois que cet auteur admet que, malgré l'inexécution du contrat, les art. 195 al. 1 ch. 4 et 208 al. 2 CO concernent la réparation de l'intérêt négatif parce qu'il s'agit, in casu, d'une responsabilité limitée.

⁵⁹ Voir *supra*, p. 41 ss. Ajoutons enfin que la solution de Simonius conduit à des résultats surprenants, surtout quand cet auteur examine les rapports entre les art. 107, 109, 214 et 215 CO !

III. Contenu de l'intérêt négatif

L'intérêt négatif, tout comme l'intérêt positif, comprend le dommage positif et le gain manqué ⁶⁰.

1. — Le dommage positif (*damnum emergens*)

Il s'agit notamment des dépenses faites en vue du contrat et qui sont devenues sans objet du fait de la résolution. Ce sont plus précisément :

- (a) *les frais de conclusion du contrat* : frais de notaire, frais en vue de l'établissement de documents probatoires, frais de correspondance, d'enregistrement, de déplacement, etc., bref, toutes les dépenses qu'a dû faire le créancier en vue de la conclusion du contrat. On ne doit pourtant pas tenir compte des frais nés avant la venue à chef du contrat ⁶¹, sauf s'ils sont en rapport direct avec sa conclusion ⁶². Toutefois, le créancier ne peut réclamer tous les frais qu'il a eus en vue lors de la conclusion du contrat, « parce que celui qui entreprend des démarches en vue de la conclusion du contrat ne doit pas compter dès le début sur la conclusion certaine, mais au contraire calculer avec l'éventualité que le contrat ne sera peut-être pas conclu, faute d'entente sur les points principaux » ⁶³. Ainsi, par exemple, on ne doit pas compter les frais d'un voyage particulier pour l'examen de la chose vendue ; par contre, les frais occasionnés par un voyage au lieu de conclusion du contrat doivent être pris en considération ⁶⁴.
- (b) *les frais d'exécution* : les frais que le créancier a pu avoir pour exécuter sa propre prestation et en vue de la réception de la prestation du débiteur qui ne s'est pas — ou partiellement — exécuté ⁶⁵. Toutefois, il faut que ces frais aient été effectués avant la mise en demeure du débiteur ⁶⁶ et même, selon Keller ⁶⁷, avant que le créancier ait eu connaissance que le débiteur ne s'exécuterait pas. Néanmoins, avec Scherrer ⁶⁸, on doit admettre que tous les frais d'exécution ne doivent pas être considérés d'une manière générale, comme un dommage. Prenons un exemple : V vend à A une cargaison de marchandises déterminées ; si l'inexécution de la prestation de A

⁶⁰ Keller, *loc. cit.*, p. 17 ; Cuendet, *loc. cit.*, p. 66 ; Comment, *loc. cit.*, p. 146 ss. ; von Tuhr-Peter, *loc. cit.*, p. 86-87 ; Scherrer, *loc. cit.*, p. 56 ss.

⁶¹ Cuendet, *loc. cit.*, p. 66 ; Keller, *loc. cit.*, p. 261.

⁶² Scherrer, *loc. cit.*, p. 59 ; Comment, *loc. cit.*, p. 147.

⁶³ Comment, *loc. cit.*, p. 147.

⁶⁴ Scherrer, *loc. cit.*, p. 59.

⁶⁵ Cuendet, *loc. cit.*, p. 66 ; von Tuhr-Peter, *loc. cit.*, p. 87 ; Engel, *loc. cit.*, p. 495.

⁶⁶ Cuendet, *loc. cit.*, p. 66.

⁶⁷ Keller, *loc. cit.*, p. 262.

⁶⁸ Scherrer, *loc. cit.*, p. 60.

entraîne la résolution du contrat, V pourra demander le remboursement des frais de transport, dans la mesure où il ne trouve pas un autre acheteur dans la même ville ; en effet, au cas où V contracte avec un nouvel acheteur domicilié au même endroit, on ne doit pas pouvoir qualifier les dépenses faites de dommage, car il les aurait de toutes façons effectuées.

- (c) *les dommages-intérêts* dus à un tiers par le créancier qui, du fait de l'inexécution de son débiteur, n'a pu satisfaire à ses obligations ⁶⁹.
- (d) *les frais de procès* avec les tiers ⁷⁰.

2. — *Le gain manqué* (lucrum cessans)

Si le gain manqué apparaît comme le dommage-type de l'intérêt positif, le *damnum emergens* apparaît quant à lui comme le dommage-type de l'intérêt négatif ; toutefois, il ne faudrait pas en tirer la conclusion que l'intérêt négatif exclut la possibilité d'un gain manqué ⁷¹. Le *lucrum cessans* qui est le dommage « *der darin besteht dass infolge des schädigenden eine Vermögensvermehrung, die ohne dasselbe eingetreten wäre, nicht eintritt* » ⁷² peut se présenter, dans le cadre de l'intérêt négatif, sous deux aspects :

- (a) Le dommage ou la perte que subit le créancier du fait qu'il a refusé une offre plus intéressante parce qu'il était lié avec le débiteur et qu'il croyait que celui-ci s'exécuterait ⁷³. Il s'agit du gain manqué non pas sur la même affaire — ce qui conduirait à la réparation de l'intérêt positif ⁷⁴ —, mais sur l'autres affaires ; c'est le cas où le créancier lié avec son débiteur qui ne s'exécute pas a dû renoncer à une affaire qui lui aurait rapporté un gain.

En effet, en cas de résolution, le créancier doit être remis dans la situation où il se serait trouvé si le contrat n'avait pas été conclu ⁷⁵. Dès lors, on doit prendre en considération des cas dans lesquels le créancier, s'il ne s'était pas engagé avec son débiteur, aurait eu la possibilité de conclure un contrat, peut-être même à des conditions

⁶⁹ Cuendet, *loc. cit.*, p. 66 ; Scherrer, *loc. cit.*, p. 61 ; Keller, *loc. cit.*, p. 262-263.

⁷⁰ Cuendet, *idem* ; Scherrer, *idem* ; Keller, *idem*. Les frais de procès entre le créancier et le débiteur sont réglés d'après les règles de procédure cantonale.

⁷¹ Cuendet, *loc. cit.*, p. 67 ; Gauch, *Schlupe*, Tercier N° 1331.

⁷² Scherrer, *loc. cit.*, p. 63.

⁷³ Cuendet, *loc. cit.*, p. 67 ; Scherrer, *loc. cit.*, p. 63 ; von Tuhr-Peter, *loc. cit.*, p. 87 ; Keller, *loc. cit.*, p. 266 ; Engel, *loc. cit.*, p. 496 ; Comment, *loc. cit.*, p. 148 ; Guhl-Merz-Kummer, *loc. cit.*, p. 89.

⁷⁴ von Büren, I, *loc. cit.*, p. 43 ; Engel admet toutefois comme réparation le gain manqué sur la même affaire, qu'il appelle « le gain manqué du contrat résolu », admettant ainsi en suivant Yung et Secrétan, la réparation de l'intérêt positif en cas de résolution. Engel, *loc. cit.*, p. 496.

Sur les critiques qu'il y a lieu d'apporter à une telle solution, voir *supra*, p. 42 ss.

⁷⁵ ZR 57 (1958) p. 122.

plus intéressantes. De même, le contrat que le créancier n'a pas pu conclure lui aurait sans doute rapporté un quelconque gain. Ce manque à gagner est un *lucrum cessans* de l'intérêt négatif ⁷⁶. Ainsi, V vend sa voiture à A pour fr. 5'000.-. X, intéressé par le véhicule, lui en propose fr. 5'500.-. Néanmoins, pour diverses raisons, V contracte avec A. Si V résout ensuite le contrat, il pourra réclamer à A, outre le remboursement des frais de conclusion du contrat, le gain manqué sur l'affaire que V a laissée échapper (fr. 500.-). De même, dans un autre exemple, A achète la voiture pour fr. 5'000.-. X propose à A de lui vendre la sienne pour fr. 5'500.-. A contracte avec V. Si ultérieurement A résout le contrat, il pourra réclamer à V le gain qu'il aurait réalisé s'il avait conclu avec X. En effet, la voiture que A aurait payée fr. 5'500.- lui aurait sans doute également rapporté un bénéfice.

Peut-on objecter que, compte tenu de la prise en considération du gain manqué, on ne doit pas tenir compte, dans la réparation de l'intérêt négatif, du *damnum emergens*, car, si le créancier avait conclu le contrat qu'il a laissé échapper, il aurait également supporté des frais de conclusion du contrat ? Nous ne le pensons pas. Nous sommes dans le cadre de l'intérêt négatif, c'est-à-dire de l'intérêt à la non conclusion du contrat et non dans le cadre de l'intérêt à l'exécution du contrat. Il y a donc lieu d'admettre que l'intérêt négatif englobe à la fois le *damnum emergens* et le *lucrum cessans* ⁷⁷. Le problème épineux dans ce cadre se réfère à la preuve du dommage. A ce sujet, l'art. 42 al. 1 CO, confirmant l'art. 8 CCS ⁷⁸ et applicable à la responsabilité contractuelle en vertu de l'art. 99 al. 3 CO, prévoit que la preuve du dommage incombe au demandeur. Le créancier doit donc prouver la perte subie et le fait qu'elle a été consentie à cause du contrat résolu ⁷⁹. Ainsi, dans l'exemple cité, V doit prouver qu'il

⁷⁶ Engel, *loc. cit.*, p. 496 ; Cuendet, *loc. cit.*, p. 76 ; Keller, *loc. cit.*, p. 249 ; Giger, *loc. cit.*, Art. 191 N° 26 estiment que le gain manqué de l'intérêt négatif ne doit être pris en considération que lorsque l'occasion qu'a laissée échapper le créancier était plus intéressante que l'affaire conclue.

⁷⁷ Cette opinion n'est d'ailleurs plus contestée en doctrine. Il s'agit toutefois — est-il besoin de le rappeler ? — du gain manqué sur d'autres affaires, et non sur la même affaire, ce qui conduirait à la réparation de l'intérêt positif ; voir SemJud 97 (1975) pp. 1, où le Tribunal fédéral a admis la réparation du gain manqué sur d'autres affaires en cas d'invalidation du contrat pour dol et de culpa in contrahendo.

Voir ATF 69 (1943) II 243 = JT 1944 I p. 136, Louis Willen AG c. Ruro AG, où le Tribunal fédéral a admis que le gain manqué ne peut être réclaté que dans le cadre de l'intérêt positif et jamais dans celui de l'intérêt négatif ; opinion par trop absolue, mais néanmoins logique dans l'arrêt cité, puisqu'il s'agissait du manque à gagner sur la même affaire (qui ne peut être, en effet, réclaté que dans le cadre de l'intérêt positif).

⁷⁸ Voir à ce sujet Deschenaux, Le titre préliminaire du Code civil, Traité de droit privé suisse II 1, Fribourg 1969, p. 219 ss.

⁷⁹ Cuendet, *loc. cit.*, p. 67. A noter que, selon le Tribunal fédéral, l'art. 42 al. 1 CO pose en principe l'exigence de la preuve d'un dommage concret ; ATF 89 (1963) II 214 = JT 1964 I p. 54, consid. 5a.

aurait pu vendre le véhicule à X pour fr. 5'500.-. Il reste néanmoins vrai que, dans certains cas, le créancier se trouvera dans l'impossibilité de prouver le dommage qu'il est sensé avoir subi ; à cet égard, la loi accorde au juge la faculté de déterminer équitablement le dommage en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée (art. 42 al. 2 CO). Toutefois, cette disposition doit rester de nature exceptionnelle et ne doit en aucun cas devenir un « oreiller de paresse »⁸⁰. Ceci est particulièrement vrai dans notre domaine où l'occasion plus intéressante qu'a laissée échapper le créancier doit pouvoir être fermement établie.

- (b) Le dommage résultant pour le créancier de la perte des fruits de la chose, dans l'hypothèse où il l'a déjà remise au débiteur en exécution de son contrat⁸¹. En Cuendet⁸² ajoute, à juste titre :

Ce qui est déterminant, pour le calcul du dommage, ce sont les fruits que le créancier lésé aurait pu retirer de sa chose, et non ceux que l'autre partie en a effectivement retirés. S'agissant d'une somme d'argent, le taux de l'intérêt ne sera pas nécessairement de 5 % ; il faudra considérer les circonstances du cas.

IV. Solution

Au terme de l'étude sur la réparation du dommage en cas de résolution, nous pouvons dégager plusieurs solutions :

1. Tout d'abord, la réparation de l'intérêt positif est exclue en cas de résolution. Le créancier, ne maintenant pas le contrat, ne peut valablement demander ce que l'exécution du contrat lui aurait apporté.
2. Par conséquent, le créancier qui résout un contrat ne peut réclamer que la réparation de son intérêt négatif, c'est-à-dire demander à être remis dans la situation où il se serait trouvé si le contrat n'avait pas été conclu.
3. L'intérêt négatif (tout comme l'intérêt positif) englobe le *damnum emergens* et le *lucrum cessans* sur d'autres affaires. Il en résulte que dans certains cas, l'intérêt négatif peut être mathématiquement supérieur à l'intérêt positif⁸³. Prenons un exemple : A achète à V une voiture pour fr. 5'000.-. Avant la conclusion du contrat, X offre à A une voiture quasiment identique pour fr. 4'000.-. Néanmoins, A contracte avec V, pouvant

⁸⁰ Châtelain J.-P., Tendances actuelles du Tribunal fédéral dans le domaine de la responsabilité civile, ZBJV 105 (1969) p. 217.

⁸¹ Cuendet, *loc. cit.*, p. 67 ; Keller, *loc. cit.*, p. 266 ; Scherrer, *loc. cit.*, p. 65.

⁸² Cuendet, *idem*.

⁸³ von Tuhr-Peter, *loc. cit.*, p. 87 ; Keller, *loc. cit.*, p. 248 ; Scherrer, *loc. cit.*, p. 72.

revendre la voiture pour fr. 5'500.-. Les frais de conclusion du contrat s'élèvent pour A à fr. 300.-. V ne s'exécute pas. Quel est le montant de l'intérêt positif de A ? En l'espèce, le gain manqué sur la même affaire s'élève à fr. 500.-. Quel est le montant de l'intérêt négatif ? Il s'agit des frais de conclusion du contrat (fr. 300.-) et du gain manqué sur l'affaire plus intéressante que A a laissé échapper : fr. 1'000.- ; l'intérêt négatif s'élève donc ici à fr. 1'300.-. Autre exemple : A achète à V une voiture pour fr. 5'000.- en espérant pouvoir la revendre fr. 5'500.- ; X offre à A sa voiture, dont la valeur vénale est de fr. 8'000.-, pour fr. 7'000.-. A, devant le montant de la somme demandée, préfère contracter avec V. Les frais de conclusion du contrat s'élèvent pour lui à fr. 300.-. V ne s'exécute pas. L'intérêt positif de A s'élève en l'espèce à fr. 500.- (gain manqué sur la même affaire). Son intérêt négatif s'élève à fr. 300.- (damnum emergens), ainsi que fr. 1'000.- (lucrum cessans), c'est-à-dire à fr. 1'300.-. En effet, l'occasion que A a laissé échapper était plus intéressante, plus rémunératrice que l'affaire conclue ⁸⁴.

D LIMITATION DE L'INTÉRÊT NÉGATIF

L'intérêt négatif, dans certains cas, peut être mathématiquement supérieur à l'intérêt positif. Dès lors, on peut se demander s'il n'est pas juste et logique de limiter l'intérêt négatif du montant de l'intérêt positif.

I. La position de la doctrine

La doctrine, dans son ensemble, admet la limitation de l'intérêt négatif. Toutefois, les considérations de la doctrine se réfèrent surtout à l'intérêt négatif, conséquence d'un « Vertrauensschaden » et non de la violation d'une obligation.

1. Simonius ⁸⁵, suivi par Scherrer ⁸⁶, admettent que le législateur s'est trompé en croyant que les dommages-intérêts négatifs seraient toujours inférieurs aux dommages-intérêts positifs ; il n'avait pas une idée très exacte de cette notion et n'a consacré le principe de l'intérêt négatif que

⁸⁴ A doit néanmoins prouver le lien de causalité entre la conclusion du premier contrat et le gain manqué sur le deuxième contrat ; il devra également prouver la valeur vénale de la voiture qu'il a laissé échapper. Il se peut enfin que le damnum emergens de l'intérêt négatif soit supérieur au lucrum cessans de l'intérêt positif. Ainsi, un cocontractant, pour diverses raisons sentimentales, va conclure dans un pays lointain (frais de voyage) un contrat sur une chose qui ne lui rapportera qu'un petit bénéfice. *Contra* : Keller, *loc. cit.*, p. 248, pense que c'est uniquement quand une affaire plus intéressante n'a pas été conclue à cause du premier contrat (lucrum cessans sur d'autres affaires) que l'intérêt négatif peut être supérieur à l'intérêt positif.

⁸⁵ Simonius, *loc. cit.*, p. 280.

⁸⁶ Scherrer, *loc. cit.*, p. 72.

comme solution intermédiaire entre l'absence de responsabilité et les dommages-intérêts pour inexécution. Dès lors, le législateur, voulant établir le principe d'une responsabilité *limitée*, aurait admis la limitation d'une façon générale, s'il avait eu une notion exacte de l'intérêt négatif.

2. Keller⁸⁷ distingue plusieurs cas : s'il y a dol (*dolus causam dans*), cet auteur rejette la limitation. Par contre, en cas de dol incident⁸⁸, il admet la limitation, estimant que le lésé ne peut pas demander plus que ce qu'il a souhaité, qu'il ne peut tirer un avantage de l'annulation pour dol alors qu'il a voulu le contrat annulé. Pour les autres cas de vice du consentement (erreur essentielle et crainte fondée), Keller admet la limitation pour les raisons invoquées par Simonius et Scherrer. Enfin, en cas de nullité ou de contrat non venu à chef, il estime que le lésé ayant contribué à causer le dommage, la réduction est justifiée en équité.

3. Dans le cadre de l'art. 109 al. 2 CO, Droin, Keller et Comment⁸⁹ admettent également la limitation de l'intérêt négatif jusqu'à concurrence de l'intérêt positif. Selon ces auteurs, les dommages-intérêts auxquels peut prétendre le créancier ne doivent pas dépasser l'intérêt qu'il avait à l'exécution ; en effet, il serait injuste qu'une partie retirât de l'inexécution de son cocontractant un bénéfice supérieur à celui qu'elle aurait obtenu si l'exécution avait été parfaite.

4. Enfin, Giger, dans le domaine de la responsabilité contractuelle, propose d'examiner le problème de cas en cas. Lorsqu'il s'agit d'occasions plus intéressantes que le créancier a laissé échapper, le montant des dommages-intérêts négatifs ne peut excéder le montant des dommages-intérêts positifs⁹⁰. En effet, le dommage est dû en partie à la faute du créancier qui a été maladroit de laisser échapper l'affaire plus rémunératrice. Giger préconise alors une application de l'art. 44 CO. Il existe toutefois des cas où une limitation de l'intérêt négatif au montant supérieur de l'intérêt positif ne se justifie pas, ainsi, lorsqu'un contrat n'a pas été conclu dans le but de réaliser un gros bénéfice, mais que des grosses dépenses ont été faites, le créancier, croyant en la validité et en l'exécution du contrat⁹¹.

II. Critiques

Le législateur suisse, contrairement au législateur allemand, n'a pas prévu des dispositions expresses sur la limitation de l'intérêt négatif. C'est un peu la raison pour laquelle la majorité de la doctrine, voulant

⁸⁷ Keller, *loc. cit.*, p. 25 ss.

⁸⁸ Sur la notion du dol incident, voir SemJud 98 (1976), p. 17.

⁸⁹ Droin, *loc. cit.*, p. 67 ss. ; Keller, *loc. cit.*, p. 254-255 ; Comment, *loc. cit.*, p. 152.

⁹⁰ Giger, *loc. cit.*, Art. 191 N° 28.

⁹¹ Giger, *loc. cit.*, Art. 191 N° 27.

suivre le droit allemand, a essayé de dégager des critères vainement cohérents. Toutefois, l'opinion des auteurs cités doit être critiquée.

1. A notre avis, Simonius et Scherrer ne peuvent tirer de l'erreur commise par le législateur la solution que les dommages-intérêts négatifs ne peuvent être supérieurs aux dommages-intérêts positifs. Le législateur n'a, à notre avis, prévu la réparation de l'intérêt négatif — en cas de contrat non venu à chef, contrat invalidé ou contrat résolu — que pour être en harmonie avec la situation créée. D'autre part, les travaux de la commission d'experts pour la révision du CO montrent que le législateur avait prévu la possibilité de dommages-intérêts négatifs supérieurs aux dommages-intérêts positifs. En effet, à l'instar du droit allemand, une proposition de limiter l'intérêt négatif avait été faite dans la commission ⁹² ; elle ne fut toutefois pas acceptée.

2. La théorie de Keller — du moins pour les vices du consentement — se heurte aux objections précitées. Pour les cas de nullité ou de contrat non venu à chef, la solution de Keller est erronée ; il invoque, en effet, la faute concurrente du lésé qui a accepté le contrat vicié ; mais on ne saurait fonder une limitation sur une telle augmentation car, comme le dit justement Piotet ⁹³, « le comportement du lésé a lui-même été provoqué par la *culpa in contrahendo* ».

3. De même, il n'est pas possible de tirer de l'art. 8 CO le principe de la limitation de l'intérêt négatif. Cette disposition dit simplement que le promettant qui retire sa promesse (il y a contrat tacite de garantie) doit réparer le dommage subi par la suite des impenses faites de bonne foi. Il s'agit donc de l'intérêt négatif, dont le contenu est limité au *damnum emergens* ⁹⁴. Mais le remboursement des impenses se fait jusqu'à concurrence de ce que le promettant avait promis. Cette limitation est, dans ce cadre, fort juste car le prétendant savait que tout ce qu'il pourrait espérer était le montant de sa promesse ; il abuserait donc du promettant s'il lui demandait davantage ⁹⁵. Toutefois, on ne voit pas comment un prétendant pourrait dépenser plus que ce qu'il lui est promis. Ainsi, un père offre fr. 10'000.- à une personne X pour retrouver son fils en fugue ; il semble douteux que X — qui ne sait pas que le père va retirer son offre — dépense pour ce faire plus de fr. 10'000.-. D'autre part, en cas d'inexécution d'une obligation contractuelle, la résolution et le paiement de dommages-intérêts négatifs sont causés par l'attitude fautive du débiteur, élément qui n'intervient nullement dans le cadre de l'art. 8 CO.

4. A notre avis, le seul argument sérieux militant en faveur de la limitation de l'intérêt négatif est le suivant : le créancier ne doit pas recevoir plus que ce qu'il aurait reçu si le contrat avait été bien exécuté.

⁹² Comment, *loc. cit.*, p. 192 ; Giger, *loc. cit.*, Art. 191 N° 27.

⁹³ Piotet, *loc. cit.*, p. 91 ; objection valable pour Giger, *idem*.

⁹⁴ Droin, *loc. cit.*, p. 53.

⁹⁵ Droin, *loc. cit.*, p. 54, qui voit dans ce cadre une limitation de l'intérêt négatif à l'intérêt positif ; *idem* von Tuhr-Peter, *loc. cit.*, p. 87 note 30.

Pourtant, nous nous prononçons de façon catégorique contre le principe d'une limitation, et ceci pour plusieurs raisons :

— Tout d'abord, l'intérêt négatif et l'intérêt positif sont des notions différentes, avec des états de faits différents ; leur seul point commun concerne la réparation du dommage en cas de violation d'une obligation contractuelle ; toutefois, compte tenu de leur origine, de leurs effets, de leur contenu, de la fixation du montant pécuniaire de l'intérêt, ce sont deux notions distinctes qui n'ont aucun rapport entre elles et qu'il y a lieu de ne pas comparer ⁹⁶.

— D'autre part, si l'on admettait la limitation, le droit d'option de l'art. 107 al. 2 CO perdrait beaucoup de sa valeur. Pourquoi accorder au créancier des dommages-intérêts négatifs s'ils sont limités aux dommages-intérêts positifs ? Quelle serait alors l'utilité de la voie N° 3 ? Certes, on pourrait objecter que le créancier aura tout de même intérêt à résoudre le contrat si les dommages-intérêts destinés à remplacer la prestation du débiteur sont inférieurs au sacrifice que lui imposerait sa propre prestation ou s'il ne devait pas recevoir de dommages-intérêts, aucune faute ne lui étant imputable ⁹⁷ ; mais une limitation de l'intérêt négatif handicaperait fortement le droit d'option du créancier.

En effet, la loi accorde au créancier le choix entre les dommages-intérêts positifs et les dommages-intérêts négatifs. Celui-ci, compte tenu de diverses circonstances, opte pour l'une de ces deux voies. Dès lors, pourquoi restreindre son choix en limitant l'intérêt négatif au montant de l'intérêt positif ?

— Ensuite, il peut très bien se présenter de ces cas où le *lucrum cessans* n'entre pas en ligne de compte parce que le créancier ne peut pas espérer un gain sur la chose vendue ; dans ces cas, le *damnum emergens* de l'intérêt négatif — comprenant les frais de conclusion et d'exécution du contrat — est bien souvent supérieur au *damnum emergens* de l'intérêt positif. Une limitation de l'intérêt négatif à l'intérêt positif serait, dans ce cadre, inconcevable, car le créancier qui résout le contrat pour inexécution du débiteur doit se faire rembourser tous les frais de conclusion du contrat, même si le montant de ceux-ci excèdent le montant de l'intérêt positif au contrat. Il peut également se présenter des cas où les frais de conclusion du contrat sont supérieurs au gain que pourrait réaliser le créancier. Comment ⁹⁸ cite l'exemple suivant : A achète à B un wagon de fruits pour fr. 2'000.-. La conclusion du contrat lui occasionne fr. 300.- de frais. B tombe en demeure. Mais, s'il avait normalement livré, A n'aurait pu revendre ces fruits que fr. 2'200.- ; il aurait donc perdu fr. 100.- sur cette affaire. Et Comment conclut qu'en cas de résolution, le créancier ne pourra pas réclamer les trois cents francs en vue de l'exécution du contrat, mais seulement les deux cents francs. Nous ne partageons pas cette manière de voir. Certes, nous sommes conscients que les dépenses

⁹⁶ Droin, *loc. cit.*, p. 47.

⁹⁷ von Tuhr-Escher, *loc. cit.*, p. 155.

effectuées en vue de la conclusion du contrat doivent être restituées parce qu'elles ont été faites en pure perte et que si le contrat avait été bien exécuté, la prestation en nature et en argent aurait dédommagé le co-contractant des frais qu'il a eus. Mais nous ne pensons pas, contrairement à Comment, que « dès l'instant où il est établi que cette exécution ne l'eût pas entièrement dédommagé, le préjudice n'existe que dans la mesure où le créancier aurait été couvert par l'exécution ». Il n'y a justement pas eu exécution et il serait contraire à l'essence même de l'intérêt négatif de ne pas remettre le créancier dans la situation où il se serait trouvé si le contrat n'avait pas été conclu.

— Enfin, les conséquences de la limitation sont illogiques et inéquitable. On ne peut pas objecter au lésé qu'il est inéquitable de lui accorder plus que ce à quoi il s'attendait, plus que ce qu'il espérait⁹⁹, car ce sur quoi il comptait, c'était un contrat valable. Piotet¹⁰⁰ donne l'exemple suivant : « par attachement à mon fournisseur, qui vend pourtant un peu plus cher que la concurrence, je lui conserve ma clientèle en comptant naturellement qu'il contracte avec moi de façon correcte, sans quoi je m'adresserai à ses concurrents. Dois-je, à cause de ma fidélité, me voir refuser la réparation du préjudice né de ce que j'aurais payé moins cher si — comme je l'aurais fait si j'avais connu la culpa in contrahendo de mon fournisseur avant de conclure avec lui — je m'étais adressé à la concurrence ? Certainement non »¹⁰¹.

D'autre part, dans le domaine de la violation d'une obligation contractuelle, le créancier subit un dommage par la propre faute du débiteur. L'attitude anti-contractuelle du débiteur apparaît comme le fondement des dommages-intérêts. Il n'est, dès lors, pas injuste que le créancier qui résout le contrat puisse toucher plus que ce qu'il aurait reçu si le contrat avait été exécuté ; en l'espèce, le contrat n'a pas été exécuté et ceci précisément par la faute du débiteur.

5. Toutefois, si nous nous prononçons contre le principe d'une limitation de l'intérêt négatif, nous admettons que, dans certains cas, le juge pourra user de son pouvoir d'appréciation pour fixer l'étendue du dommage. Ainsi, pour les cas où le montant des dommages-intérêts négatifs serait manifestement disproportionné avec l'intérêt qu'avait le créancier à l'exécution et où la réparation intégrale de l'intérêt négatif serait inéquitable pour le débiteur, le juge, conformément à l'art. 43 al. 1 CO, pourra diminuer l'étendue de l'indemnité¹⁰². Ce que nous ne désirons pas établir, c'est le principe d'une limitation qui est en soi tout à fait injustifié. L'art. 43 al. 1 CO constitue une soupape suffisante de sûreté¹⁰³.

⁹⁸ Comment, *loc. cit.*, p. 153.

⁹⁹ Piotet, *loc. cit.*, p. 92.

¹⁰⁰ Piotet, *idem*, citant Ermann, Beiträge zur Haftung für das Verhalten bei Vertragsverhandlungen, in AcP 139 (1937) p. 273 ss., not. p. 331-332.

¹⁰¹ Toutefois, il ne faut pas perdre de vue que Piotet voit dans le fondement de la culpa in contrahendo une responsabilité délictuelle.

¹⁰² Est-il besoin de rappeler que les dommages-intérêts ont une fonction compensatoire et non répressive ?

¹⁰³ Voir dans le même sens, von Tuhr-Peter, *loc. cit.*, p. 87 note 30.

DEUXIÈME PARTIE

LA DEMEURE DU DÉBITEUR

Chapitre premier

La demeure du débiteur et la demeure du créancier

Chapitre II

La résolution et la demeure du vendeur

Chapitre III

La résolution et la demeure de l'acheteur

Chapitre IV

La résolution du contrat et les autres cas d'inexécution
des obligations contractuelles

Dans la partie générale du Code des obligations, les seules dispositions traitant de la résolution du contrat sont les art. 107-109 CO. Ces règles concernent les conditions et les effets de la demeure du débiteur dans les contrats synallagmatiques. Il s'agit du cas le plus fréquent d'inexécution des obligations des parties : un des co-contractants ne fournit pas sa prestation alors qu'il a la possibilité de le faire.

Notre propos n'est bien évidemment pas d'entamer une étude exhaustive sur la demeure du débiteur en droit suisse. Nous avons d'ailleurs déjà largement traité de ce problème dans notre première partie. Notre étude se limitera à la résolution du contrat pour retard dans l'exécution et plus précisément aux rapports entre les art. 107-109 CO et les art. 190-191 et 214-215 CO concernant la demeure du débiteur dans la vente, l'ensemble de ces dispositions étant, à notre sens, d'une interprétation souvent difficile et d'une technicité souvent mal comprise.

Après nous être livré à quelques considérations générales sur la demeure du débiteur, les obligations des parties contractantes et la demeure du créancier, notre ambition est de procéder à une étude systématique de la position juridique respectivement de l'acheteur et du vendeur et de leurs possibilités de résoudre le contrat.

CHAPITRE PREMIER

LA DEMEURE DU DÉBITEUR ET LA DEMEURE DU CRÉANCIER

A LA DEMEURE DU DÉBITEUR

I. *Le sens de la demeure*

1. « Geschuldete, mögliche, fällige und nicht erbrachte Leistung »¹ : tout le sens de la demeure est compris dans ces quelques termes. Le débiteur est en demeure (mora) lorsqu'il ne satisfait pas en temps convenable à son obligation d'exécuter la prestation². La demeure suppose que la prestation du débiteur soit due, c'est-à-dire qu'elle repose sur un contrat valable. Elle implique une violation du contrat³, le débiteur n'ayant pas exécuté ses obligations contractuelles. La demeure consiste en une attitude contraire au contrat⁴.

La demeure suppose que la prestation du débiteur soit non seulement possible, mais encore exigible. Si l'exécution n'est plus possible, il n'y a pas demeure, mais impossibilité d'exécution. Le créancier ne peut plus réclamer l'exécution de la prestation du débiteur, mais uniquement des dommages-intérêts en lieu et place de l'exécution, sur la base de l'art. 97 al. 1 CO en cas d'impossibilité fautive d'exécution⁵. La créance doit être exigible (§ 384 al. 1 BGB), c'est-à-dire que le débiteur doit être tenu d'effectuer la prestation et le créancier autorisé à la réclamer⁶. L'exigibilité résulte du contrat, les parties convenant p. ex. que le débiteur s'exécutera à tel moment ou dans un certain délai, ou encore se référant à la

¹ Fikentscher, *loc. cit.*, p. 213.

² von Tuhr-Escher, *loc. cit.*, p. 135.

³ Sur la demeure du créancier, voir *infra*, p. 65 ss.

⁴ von Tuhr-Escher, *loc. cit.*, p. 135.

⁵ L'art. 97 al. 1 CO s'applique à l'impossibilité initiale subjective fautive et à l'impossibilité subséquente fautive. En cas d'impossibilité initiale objective, le contrat est nul (art. 20 CO). En cas d'impossibilité subséquente non fautive, l'art. 119 CO libère les parties de fournir leurs prestations.

⁶ Descurtins, *loc. cit.*, p. 26.

décision de l'une d'elles ⁷ ; à défaut de stipulation particulière, l'art. 75 CO précise que l'obligation peut être exécutée et l'exécution en être exigée immédiatement, cette dernière expression devant être interprétée à la lumière du principe de la bonne foi ⁸. L'exigibilité signifie donc le moment à partir duquel le créancier peut demander juridiquement à son débiteur l'exécution de son obligation ⁹. Dans le droit de la vente, l'art. 213 al. 1 fixe le moment de l'exigibilité.

2. La demeure est un retard dans l'exécution, l'obligation n'ayant pas été exécutée à l'époque fixée par la convention ou par la loi. On doit à notre sens opérer une nette distinction entre demeure et impossibilité d'exécution. Il convient de ne pas confondre ces deux institutions qui visent des situations différentes. Certes, l'art. 107 al. 2 voie N° 2 CO renferme le même contenu que l'art. 97 al. 1 CO ; certes, les art. 107-109 CO peuvent être, comme nous le verrons ¹⁰, appliqués à l'impossibilité fautive d'exécution. Mais il n'en reste pas moins que la distinction doit être faite, la question de savoir s'il faut appliquer les règles sur l'inexécution ou celles sur la demeure revêtant une certaine importance pratique ¹¹. A cet égard, nous ne partageons pas les vues de Bovay ¹², reprises par Cuendet ¹³ selon lesquelles une analyse détaillée des art. 97 ss CO conduit à admettre qu'il ne saurait y avoir de différence essentielle entre la demeure et l'impossibilité d'exécution, la demeure étant en fin de compte « l'état de responsabilité, la dette de celui qui, tenu d'une obligation, c'est-à-dire contraint par la loi à manifester, à un moment donné, une attitude déterminée, ne l'a pas eue à ce moment » ¹⁴. Nous ne désirons certes pas entrer dans cette controverse. Toutefois, comme nous l'avons mentionné dans notre introduction ¹⁵, il existe environ une douzaine de cas d'inexécution des obligations contractuelles, de ce que les juristes allemands appellent des « Leistungsstörungen », c'est-à-dire des troubles dans l'exécution des obligations. Même si la distinction entre plusieurs cas d'inexé-

⁷ Comment, *loc. cit.*, p. 52.

⁸ Comment, *loc. cit.*, p. 53 ; Engel, *loc. cit.*, p. 422.

⁹ Comment, *loc. cit.*, p. 53. L'exigibilité coïncide généralement avec le commencement de la prescription (art. 103 al. 1 CO). Controversée est la question de savoir si l'exigibilité disparaît lorsque le débiteur peut faire valoir une exception contre le créancier, plus précisément une exception dilatoire (*exceptio non adimpleti contractus*, art. 82 CO). On doit admettre que celui qui veut interpellier son débiteur doit lui-même offrir d'exécuter sa prestation et que l'exception dilatoire (et plus particulièrement l'*exceptio non adimpleti contractus*) fait obstacle à l'exigibilité. A rajouter toutefois, avec von Tuhr-Escher, *loc. cit.*, p. 136, que ce n'est pas l'existence de l'exception qui fait obstacle à l'exigibilité, mais son exercice (*Geltendmachung*). Voir Becker, *loc. cit.*, Art. 102 N° 5 ; Comment, *loc. cit.*, p. 54 ; Decurtins, *loc. cit.*, p. 26 ; Voser, *loc. cit.*, p. 19. *Contra* : Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 102 N° 4.

¹⁰ Voir *infra*, p. 97 ss.

¹¹ Comment, *loc. cit.*, p. 51 ; Göschke, *loc. cit.*, p. 28.

¹² Bovay, *loc. cit.*, p. 169ss. (« l'idée la plus approximative..., c'est que la demeure est un retard dans l'exécution de l'obligation ; idée nébuleuse au possible, qui ne signifie autant que rien, qui ne place l'esprit en face d'aucun problème juridique précis »).

¹³ Cuendet, *loc. cit.*, p. 41 ss.

¹⁴ Bovay, *loc. cit.*, p. 201.

cution n'est pas toujours d'une parfaite clarté¹⁶, même si certaines conséquences juridiques d'un cas d'inexécution s'appliquent à un autre cas, nous tenons absolument sous peine de confusion à garder autant que faire se peut une classification entre tous les cas d'inexécution des obligations conventionnelles, et a fortiori, là où cela semble le plus net entre la demeure et l'impossibilité d'exécution.

Selon une partie de la doctrine¹⁷, l'impossibilité d'exécution, prévue aux art. 97 al. 1 et 119 CO ne régit que l'impossibilité objective. L'incapacité subjective d'exécution est soumise aux règles sur la demeure¹⁸, celle-ci ne requérant que l'exigibilité d'une prestation objectivement possible et non la capacité subjective d'exécution du débiteur. Ainsi, si la voiture est volée après la conclusion du contrat sans la faute du vendeur (impossibilité subséquente subjective d'exécution non fautive), l'art. 119 al. 1 CO ne doit pas libérer le vendeur de son obligation (l'acheteur ne devant pas alors payer le prix en vertu des art. 119 al. 3 et 185 al. 1 CO). La difficulté d'opérer une distinction entre l'impossibilité passagère et le moment à partir duquel elle devient définitive commande notamment l'application des règles sur la demeure.

Cette opinion minoritaire présente des arguments intéressants, notamment quant à la difficulté de distinction entre l'impossibilité passagère et l'impossibilité définitive. Toutefois, la demeure du débiteur suppose, outre l'exigibilité de l'obligation, l'inexécution malgré la possibilité d'exécution. Ainsi, lorsque le débiteur ne peut pas s'exécuter, mais qu'une autre personne peut le faire, on doit examiner si on peut attendre de cette personne l'acceptation que le débiteur dispose de la chose. Par exemple, V vend à A un tableau appartenant à X bien que n'étant pas le propriétaire de la chose vendue, mais celui-ci va sous peu la lui remettre. Il s'agit alors d'une impossibilité passagère d'exécution et A peut mettre son vendeur en demeure si celui-ci tarde à lui transférer la propriété de la chose vendue.

Toutefois, si on ne peut attendre aucune autorisation de disposition de la part du tiers, l'impossibilité d'exécution devient définitive. Les règles sur la demeure doivent alors être logiquement exclues. Ainsi, si le vendeur vend une chose qui ne lui appartient pas et que le propriétaire n'a pas l'intention d'aliéner, l'impossibilité d'exécution de la part du vendeur est définitive¹⁹.

¹⁵ Voir *supra*, p. 3.

¹⁶ Il en est ainsi en cas d'exécution imparfaite, de mauvaise exécution et de violation positive du contrat. Sur la tentative de clarification de ces différentes notions, voir *infra*, p. 100 ss.

¹⁷ von Büren I, *loc. cit.*, p. 390 ; Schönle, *loc. cit.*, p. 469.

¹⁸ von Büren, *idem*, soumet l'impossibilité subjective aux règles sur la demeure, qu'elle soit initiale ou subséquente, alors que Schönle, *loc. cit.*, p. 470 ne réserve leur application qu'à l'impossibilité initiale subjective d'exécution. Sur cette notion, voir *infra*, p. 215 ss.

¹⁹ Sur ce problème, voir *infra*, p. 215 ss.

Il en va de même si la chose est volée après la conclusion du contrat. On ne peut en effet attendre que le voleur restitue la chose au débiteur. L'impossibilité doit être considérée comme définitive. Ainsi, ce n'est pas le caractère subjectif de l'impossibilité (subséquente) qui justifie l'application des règles sur la demeure, mais le caractère passager de l'impossibilité (initiale ou subséquente).

Le critère entre ces deux institutions « doit être recherché dans le fait de savoir si au moment où la demeure se produit, l'exécution peut encore être observé ou non » ²⁰, étant entendu que, dans le doute, on appliquera les règles sur l'inexécution ²¹.

3. Le créancier doit interpellier son débiteur en lui signifiant qu'il entend recevoir la prestation. L'interpellation est une déclaration de volonté analogue à un acte juridique, unilatérale et sujette à réception. La loi ne requiert aucune forme particulière ; l'interpellation doit néanmoins exprimer de manière claire et précise la volonté du créancier de voir exécuter la prestation ²². L'interpellation ne peut avoir lieu que postérieurement à l'exigibilité de la créance ; ceci ressort en effet expressément du texte de l'art. 102 al. 1 CO ²³. Enfin, l'interpellation est dans certains cas superflue, notamment quand le jour de l'exécution est déterminé d'un commun accord (Art. 102 al. 2 CO, « dies interpellat pro homine »). Le terme de cette disposition ne doit pas être confondu avec le terme strict — ou « Fixgeschäft » — de l'art. 108 ch. 3 CO qui dispense le créancier de fixer un délai supplémentaire d'exécution au sens de l'art. 107 al. 1 CO ²⁴.

4. Enfin, la demeure ne suppose pas nécessairement une faute du débiteur. La situation est différente en droit allemand où le § 285 BGB exige expressément la faute du débiteur. En droit suisse, la faute n'est requise que pour certaines conséquences de la demeure. Ainsi, la faute du débiteur n'est une condition ni de la mise en demeure, ni du paiement d'intérêts moratoires (art. 104 CO) par l'acheteur en retard, ni même du droit de résolution du créancier (art. 107 al. 2 voie N° 3 CO). En revanche, si le débiteur prouve qu'il a été mis en demeure sans sa faute, il sera libéré de son obligation de payer des dommages-intérêts pour cause de retard

²⁰ Comment, *loc. cit.*, p. 51 ; Voser, *loc. cit.*, p. 2 ss. ; Becker, *loc. cit.*, Art. 97 N° 7.

²¹ Comment, *loc. cit.*, p. 52 ; *contra* : Becker, *loc. cit.*, Art. 97 N° 98.

²² von Tuhr-Escher, *loc. cit.*, p. 136 ; Comment, *loc. cit.*, p. 55. Elle doit être interprétée selon le principe de la confiance. En règle générale, l'envoi d'une simple facture ne constitue pas une interpellation.

²³ Voser, *loc. cit.*, p. 24 ; Comment, *loc. cit.*, p. 56 ; von Tuhr-Escher, *loc. cit.*, p. 136 ; Becker, *loc. cit.*, Art. 102 N° 19 admet que l'interpellation peut être faite dès le moment où le débiteur devait faire les actes préparatoires à l'exécution. A tort, selon von Tuhr-Escher, *loc. cit.*, p. 136 note 10, selon lesquels seul le maître de l'ouvrage peut, selon l'art. 366 CO, procéder dès ce moment contre le débiteur.

²⁴ Voir *infra*, p. 74 ss. Sur la demeure et l'interpellation, voir notamment Comment, *loc. cit.*, p. 50 ss. et von Tuhr-Escher, *loc. cit.*, p. 135 ss.

au sens de l'art. 103 al. 1 CO (art. 103 al. 2 CO), des dommages-intérêts supérieurs aux intérêts moratoires (art. 106 CO) et dommages-intérêts négatifs en cas de résolution du contrat²⁵.

II. *Le retard dans l'exécution des obligations*

1. — *Les obligations du vendeur*

La loi énonce deux obligations principales²⁶ du vendeur : les obligations de transférer la possession et la propriété de la chose à l'acheteur. Si le vendeur est en retard dans la livraison de la chose (les conditions de la demeure au sens de l'art. 102 CO étant par hypothèse réalisées), l'acheteur peut réclamer, outre l'exécution du contrat, des dommages-intérêts pour cause de retard au sens de l'art. 103 al. 1 CO. Il doit néanmoins prouver un dommage et un lien de causalité adéquate entre le retard dans l'exécution et le dommage, la faute du débiteur étant présumée²⁷. Les voies de l'art. 107 al. 2 CO — et notamment le droit de résolution — sont également ouvertes à l'acheteur²⁸, ainsi que celles des art. 190-191 CO en cas de vente commerciale²⁹.

2. — *Les obligations de l'acheteur*

Selon l'art. 211 al. 1 CO, « l'acheteur est tenu de payer le prix conformément aux clauses du contrat et d'accepter la chose vendue, pourvu qu'elle lui soit offerte dans les conditions stipulées ».

(a) L'acheteur a obligation de payer le prix. S'il est en retard dans le paiement du prix, le vendeur peut réclamer l'exécution et le paiement

²⁵ Sur le rôle de la faute pour les dommages-intérêts positifs au sens de l'art. 107 al. 2 CO voie N° 2 CO, voir *infra*, p. 80 s.

²⁶ Sur le contrat de vente comportant plusieurs livraisons successives, voir *infra*, p. 101 s. Sur les obligations accessoires du vendeur, notamment les frais de délivrance, voir Giger, *loc. cit.*, Art. 184 N° 151 ss., Cavin, *loc. cit.*, p. 39 ss.

²⁷ Les art. 104-106 CO, qui concernent les intérêts moratoires et la réparation du dommage supplémentaire en cas de demeure dans l'exécution d'une obligation pécuniaire, ne s'appliquent pas à la demeure du vendeur. *Contra* : Cavin, *loc. cit.*, p. 42.

²⁸ Voir *infra*, p. 68 ss.

²⁹ Voir *infra*, p. 68 ss. Quelle est la situation juridique si le vendeur livre la chose à l'acheteur, mais tarde à lui en procurer la propriété parce qu'il n'est pas lui-même propriétaire et que l'autorisation de disposition du véritable propriétaire se fait attendre ? Il s'agit d'une impossibilité passagère d'exécution (sur le vendeur non-propriétaire et l'impossibilité définitive d'exécution, voir *infra*, p. 215 s.). Dans ce cas, le vendeur peut tomber en demeure de transférer la propriété de la chose à l'acheteur et celui-ci peut bénéficier, si les conditions sont réalisées, notamment la question de la faute, des voies prévues aux art. 103 al. 1, 107 al. 2 ou 190-191 CO, même si ces dernières dispositions semblent se référer uniquement à la demeure de livraison du vendeur.

d'intérêts moratoires au sens de l'art. 104 CO³⁰ et la réparation du dommage supplémentaire selon l'art. 106 al. 1 CO. Il peut également résoudre le contrat de vente au sens de l'art. 214 al. 1 et 2 CO³¹ et bénéficier des voies que lui offre l'art. 107 al. 2 CO³².

- (b) L'acheteur n'a-t-il que l'incombance d'accepter la chose vendue ou en a-t-il également l'obligation ? En règle générale, il n'y a pas, en théorie des contrats, une véritable obligation d'accepter la prestation promise, mais une simple incombance (« Annahmeobliegenheit »). Selon une partie de la doctrine suisse³³, la situation est la même dans le droit de la vente, malgré les termes du texte légal. Ainsi, si l'acheteur refuse d'accepter la chose qui lui est régulièrement offerte, il tombe en demeure du créancier et le vendeur bénéficiera des voies que lui offrent les art. 93 ss. CO (« Annahmeverzug »)³⁴. Selon le Tribunal fédéral³⁵ et une autre partie de la doctrine³⁶, l'acheteur a non seulement l'incombance, mais également l'obligation d'accepter la chose vendue. En effet, la promesse de payer le prix de vente se trouve dans un rapport synallagmatique avec l'obligation du vendeur de livrer. Dès là, découle une véritable obligation pour l'acheteur d'accepter la chose. La situation est la même en droit allemand, où la loi parle (§ 433 II BGB) de « abnehmen »³⁷. Aussi, lorsque l'acheteur n'accepte pas la chose régulièrement offerte, il tombe non seulement en demeure du créancier (« Annahmeverzug »), mais également en demeure du débiteur, car il y a violation d'une obligation découlant de la vente (retard dans l'exécution d'une obligation).

Outre les conséquences de la demeure du créancier³⁸, le vendeur peut réclamer à l'acheteur l'exécution de l'obligation d'accepter la chose (art. 211 al. 1, 184 al. 1, 1 al. 1 CO, confirmant la « lex contractus », art. 19, al. 1 CO) et des dommages-intérêts pour cause de retard au sens de l'art. 103 al. 1 CO (demeure de débiteur de l'acceptation)³⁹. Toutefois, les frais

³⁰ Il n'est pas exact de parler, dans ce cas, de dommages-intérêts moratoires, car ces intérêts sont dus même en l'absence de tout dommage. Dès que le débiteur est en demeure pour une obligation pécuniaire, il doit des intérêts moratoires au sens de l'art. 104 CO.

³¹ Sur ce problème, voir *infra*, p. 88 ss.

³² Voir *infra*, p. 92 ss.

³³ Cavin, *loc. cit.*, p. 51 ; Engel, *loc. cit.*, p. 446 ; Guhl-Merz-Kummer, *loc. cit.*, p. 324 ; Bommer Cornelia, Die Annahmepflicht des Käufers nach Art. 211 OR, thèse Berne 1970 ; Liron, *loc. cit.*, p. 52 ss.

³⁴ Voir *infra*, p. 65 s.

³⁵ ATF 59 (1933) II 305 = JT 1933 I p. 631.

³⁶ von Tuhr-Escher, *loc. cit.*, p. 69 note 2 et p. 76

³⁷ Voir Fikentscher, *loc. cit.*, p. 358 s. ; Brox II, *loc. cit.*, Rdnr. 16 ; Larenz II, *loc. cit.*, n. 72 ; Ermans-Weitnauer, *loc. cit.*, § 433 N° 10-14. Le Code des Obligations parle à l'art. 211 al. 1 CO de « Annehmen », tout en disant qu'il s'agit d'une « Verpflichtung ». En droit allemand, le § 640 (contrat d'entreprise) oblige également le maître à accepter la livraison de l'ouvrage.

³⁸ Voir *infra*, p. 65 s.

³⁹ Les art. 104 ss. CO ne s'appliquent pas, l'obligation d'acceptation n'étant pas de nature pécuniaire.

entrepris par le vendeur et occasionnés par le refus d'acceptation de l'acheteur ne seront pas réparés sur la base de cette disposition, car il ne s'agit pas d'un dommage (diminution non volontaire du patrimoine). Ils seront réparés sur la base de l'art. 422 al. 1 CO (art. 419 al. 1 CO, § 304 BGB) qui visent à rembourser le gérant des dépenses nécessaires effectuées pour conserver la chose du maître⁴⁰. Enfin, lorsque l'acheteur est en demeure de débiteur d'acceptation, le vendeur ne peut résoudre le contrat sur la base de l'art. 214 CO, sauf si — et c'est pratiquement toujours le cas — l'acheteur est également en demeure de débiteur de payer le prix. Le vendeur ne pourra non plus procéder selon l'art. 107 al. 2 CO (résolution ou dommages-intérêts pour inexécution), l'obligation de livrer n'étant pas dans un rapport synallagmatique avec l'obligation d'accepter⁴¹. En effet, pour permettre l'application de l'art. 107 al. 2 CO, l'obligation pour laquelle le débiteur est en demeure doit être en rapport synallagmatique avec l'obligation du créancier. Aussi, lorsque l'acheteur est en demeure d'acceptation, le vendeur ne peut réclamer, outre les droits que lui confèrent les art. 91 ss. CO, que l'exécution de l'acceptation et des dommages-intérêts pour cause de retard au sens de l'art. 103 al. 1 CO.

B LA DEMEURE DU CRÉANCIER

I. Notion

1. La demeure du créancier ne constitue pas une violation d'une obligation contractuelle, le créancier n'ayant pas des obligations mais des droits. Mais il est tenu d'exécuter ses droits selon les règles de la bonne foi. Il y a demeure du créancier lorsque ce dernier refuse d'accepter la prestation qui lui est régulièrement offerte et que ce comportement n'est justifié par aucun motif légitime. Or, le débiteur a intérêt à l'exécution car il sera libéré. La loi a donc prévu les moyens propres à suppléer l'exécution que le débiteur ne peut fournir malgré lui (art. 91 ss. CO)⁴². Il faut noter que dans le droit de la vente, l'acheteur ne payant également pas le prix, sera pratiquement toujours en demeure du débiteur et du créancier (demeure du débiteur de payer le prix, demeure du débiteur et du créancier d'accepter la chose).

⁴⁰ Le Code des obligations n'a pas prévu, contrairement au code allemand (§ 304 BGB), le droit pour le débiteur de se faire rembourser les dépenses occasionnées par la conservation de la chose. On doit donc faire appel aux règles sur la gestion d'affaires, dont les conditions sont réalisées, notamment la conscience et la volonté de gérer l'affaire du maître. Sur le rôle de la conscience et la volonté de gérer l'affaire d'autrui, voir Guhl-Merz-Kummer, *loc. cit.*, p. 440 ; *contra* : Becker, *loc. cit.*, Art. 423 N° 1 ; Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 423 N° 1 et 2 ; von Tuhr-Siegmart, *loc. cit.*, p. 434 s.

⁴¹ Fikentscher, *loc. cit.*, p. 358 s.

⁴² Engel, *loc. cit.*, p. 445.

2. Lorsque les conditions de la demeure du créancier sont réalisées (offre régulière de la prestation du débiteur et refus non légitimé par des raisons objectives du créancier d'accepter la prestation), le débiteur reste tenu à la prestation due, mais la loi allège sa situation :

- (a) Selon l'art. 92 al. 1 CO, le débiteur peut se libérer de son obligation de transférer la possession et la propriété de la chose vendue, à l'acheteur par consignation. La consignation est un contrat de dépôt (art. 472 ss. CO) conclu entre le débiteur et le consignataire avec stipulation pour autrui (le créancier). Si la consignation n'est guère possible (nature de l'affaire, denrées périssables, frais d'entretien excessifs), le débiteur peut, dans les limites de l'art. 93 CO, demander au juge de faire vendre la chose.
- (b) Le débiteur a droit, selon l'art. 422 CO (§ 304 BGB) au remboursement des dépenses supplémentaires pour conserver la chose due et l'offrir à nouveau au créancier.
- (c) Le vendeur-débiteur peut réclamer à l'acheteur-créancier le paiement du prix si la chose due est détruite sans faute du vendeur. Dans ce cas, ce dernier est libéré selon l'art. 119 al. 1 CO. L'acheteur devra tout de même payer le prix, car contrairement à l'art. 119 al. 2 CO, il y a transfert des risques à l'acheteur selon l'art. 376 al. 1 CO appliqué par analogie (§ 324 II BGB).
- (d) Le vendeur-débiteur dispose également d'une action en paiement du prix contre l'acheteur-créancier même si la perte ou la destruction de la chose due est imputable à une faute légère du vendeur. Le vendeur est libéré selon l'art. 119 al. 1 CO, sa faute, compte tenu de la demeure du créancier, devant être appréciée selon l'art. 99 al. 2 CO, avec moins de rigueur (art. 99 al. 3 CO, 43 al. 1 CO, § 300 I BGB). Le vendeur ne répond, dans ce cas, que pour faute grave (intention et négligence grave) tandis que l'acheteur doit exécuter son obligation.

II. Le droit de résolution dans la demeure du créancier

Lorsque l'obligation n'a pas pour objet la livraison d'une chose, la consignation ou la vente suivie de la consignation du prix n'est pas possible. Pour ces obligations de faire⁴³, la loi prévoit à l'art. 95 CO le droit pour le débiteur de résoudre le contrat. Il s'agit d'une véritable résolution s'opérant selon les principes instaurés pour la demeure du débiteur, soit par une déclaration de volonté immédiate intervenant après

⁴³ L'art. 95 CO ne s'applique pas aux obligations de ne pas faire, car le débiteur doit s'y conformer sans le concours du créancier ; von Tuhr-Escher, *loc. cit.*, p. 83 note 67 ; Engel, *loc. cit.*, p. 448 ; *contra* : Becker, *loc. cit.*, Art. 95 N° 1.

l'expiration du délai convenable⁴⁴. Cette disposition n'est d'aucun intérêt dans le droit de la vente. Par contre, elle trouve pleinement son application dans le contrat d'entreprise. Si en refusant d'accomplir les actes préparatoires qui lui incombent (art. 91 CO), le maître empêche l'entrepreneur de commencer l'ouvrage, celui-ci peut résoudre le contrat et mettre fin à cet état d'insécurité⁴⁵. Ainsi, l'Obergericht de Bâle-campagne⁴⁶ a jugé que lorsque le maître intente contre son entrepreneur une action en réparation du défaut et lorsque le juge fixe à l'entrepreneur un délai d'exécution, le maître est en demeure de créancier s'il empêche l'entrepreneur d'entrer dans les locaux ; après l'écoulement du délai, l'entrepreneur peut résoudre le contrat et se libérer de son obligation.

Toutefois, le débiteur qui résout le contrat sur la base de l'art. 95 CO ne doit pas pouvoir réclamer des dommages-intérêts négatifs sur la base de l'art. 109 al. 2 CO, car la demeure du créancier ne constitue pas la violation d'une obligation contractuelle⁴⁷. L'application des règles sur la demeure du débiteur ne s'étend pas à la réparation de l'intérêt négatif au sens de l'art. 109 al. 2 CO.

⁴⁴ von Tuhr-Escher, *loc. cit.*, p. 83 ; Engel, *loc. cit.*, p. 448.

⁴⁵ von Tuhr-Escher, *loc. cit.*, p. 84 ; voir les §§ 642-643 BGB qui règlent expressément ce cas dans le contrat d'entreprise.

⁴⁶ OG, BJM 1958, p. 229.

⁴⁷ Guhl-Merz-Kummer, *loc. cit.*, p. 235 ; Becker, *loc. cit.*, Art. 95 N° 1 ; Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 195 N° 2 ; Honegger, *loc. cit.*, p. 57 ; Liron, *loc. cit.*, p. 82 s. *Contra* : von Tuhr-Escher, *loc. cit.*, p. 84 ; Gauch, Schluep, Tercier, *loc. cit.*, N° 1249.

CHAPITRE II

LA RÉOLUTION ET LA DEMEURE DU VENDEUR

Le droit de la vente prévoit certaines dispositions spéciales concernant la demeure de débiteur du vendeur (art. 190-191 CO). Toutefois, ces deux dispositions ne s'appliquent qu'en matière de vente commerciale¹. Nous devons donc distinguer la situation juridique de l'acheteur-créancier et les droits que lui confère la loi dans la vente ordinaire et dans la vente commerciale.

A LA VENTE CIVILE

La demeure du vendeur et ses conséquences sont, dans la vente ordinaire, réglées par les règles sur la partie générale du Code des obligations. L'acheteur bénéficie des droits que lui confèrent les art. 102 ss. CO, et plus particulièrement les art. 107-109 CO concernant les contrats synallagmatiques.

1. *Les conditions de la résolution du contrat*

Dans la vente civile, lorsque le débiteur est en demeure, le créancier peut résoudre le contrat sur la base de l'art. 107 al. 2 voie N° 3 CO. Le droit de résolution du contrat suppose la réalisation de plusieurs conditions :

1. — La demeure du débiteur dans un contrat synallagmatique

Le vendeur doit être en demeure au sens de l'art. 102 CO². Le vendeur doit ainsi ne pas avoir livré la chose vendue à l'acheteur malgré la possibilité d'exécution et l'interpellation de l'acheteur³. La faute du débiteur

¹ Sur la notion de vente commerciale, voir *infra*, p. 82.

² Voir *supra*, p. 59 ss.

³ Sauf si le jour de l'exécution est déterminé d'un commun accord (art. 102 al. 2 CO).

n'est pas une condition du droit de résolution du créancier ; elle n'intervient que pour les dommages-intérêts négatifs que désire réclamer le créancier à la suite de la résolution du contrat.

Pour que le créancier puisse exercer son droit de résolution, la demeure encourue par le débiteur doit porter sur une obligation principale. En vertu des règles de la bonne foi, la résolution ne doit pas pouvoir être possible lorsque le débiteur est en demeure pour une prestation accessoire qui n'apparaît pas comme l'équivalent de la prestation due par le créancier ou bien lorsque la demeure ne concerne qu'une partie d'une importance minimale d'une prestation principale ⁴.

2. — Le délai supplémentaire d'exécution

En règle générale, les contrats sont faits pour être exécutés et le seul fait que le débiteur soit en retard dans l'exécution de son obligation ne peut pas justifier une résolution du contrat (ou autres graves conséquences prévues par l'art. 107 al. 2 CO). Néanmoins, la vie économique commande que les transactions soient rapidement liquidées. On ne peut exiger que le lien contractuel soit indéfiniment maintenu alors qu'une partie se montre manifestement récalcitrante. La situation économique du créancier commande qu'il puisse se départir d'un contrat qui ne lui apportera pas l'avantage escompté ⁵. Toutefois, afin de donner une dernière chance au débiteur et lui éviter les conséquences particulièrement graves de la résolution, le législateur a prévu que le créancier devait fixer au débiteur en demeure un délai convenable pour exécuter la prestation promise ⁶. Il s'agit d'un délai de grâce, établi avant tout dans l'intérêt du débiteur.

(a) *Le délai supplémentaire* (art. 107 al. 1 CO)

La fixation de ce délai est une sommation invitant le débiteur à effectuer la prestation jusqu'à un jour déterminé ⁷. Le créancier peut soit fixer lui-même le délai d'exécution, soit le faire fixer par le juge ⁸. Cette sommation doit, comme l'interpellation, manifester clairement la volonté du créancier de recevoir la prestation. La fixation du délai supplémentaire est une déclaration de volonté assimilable à un acte juridique ⁹,

⁴ Tandogan, Travaux..., *loc. cit.*, p. 126 ; Comment, *loc. cit.*, p. 57 ; von Tuhr-Escher, *loc. cit.*, p. 157 ; ATF 79 (1953) II 277 = TF, SemJud 76 (1954) p. 273.

⁵ Comment, *loc. cit.*, p. 60.

⁶ Nous sommes parfaitement d'accord avec Comment, *loc. cit.*, p. 61, pour constater que dans de nombreux cas, l'opportunité de cette mesure n'atteint pas son but. En effet, le débiteur qui désire s'exécuter le fait rapidement (du moins après l'interpellation) et celui qui n'en a pas la volonté ne se laisse pas fléchir par la fixation d'un délai supplémentaire.

⁷ von Tuhr-Escher, *loc. cit.*, p. 148.

⁸ Sur ce problème, voir Comment, *loc. cit.*, p. 63 ss.

⁹ Ce n'est pas un acte juridique à proprement parler, car il ne crée pas de nouveau rapport de droit ; Comment, *loc. cit.*, p. 69.

sujette à réception et dont les effets sont déterminés par la loi et non par le créancier lui-même¹⁰. Il n'est donc pas nécessaire que le créancier-acheteur menace de résoudre le contrat, ni qu'il prévienne le débiteur-vendeur des conséquences de l'inexécution¹¹.

La situation est différente en droit allemand, où le § 326 BGB précise que le créancier doit fixer un délai supplémentaire à son débiteur avec la déclaration qu'à l'expiration de ce délai, il renoncera à l'exécution et optera pour des dommages-intérêts pour inexécution ou la résolution du contrat. Le créancier ne peut ainsi plus réclamer l'exécution du contrat.

Le délai supplémentaire ne doit pas être imparti au débiteur avant que celui-ci ne soit en demeure¹² ; il peut toutefois être combiné avec l'interpellation du débiteur¹³. En règle générale, l'interpellation du débiteur intervient postérieurement à la mise en demeure, et aussi longtemps que la créance n'est pas prescrite¹⁴.

Le délai d'exécution imparti au débiteur doit être précis, déterminé et convenable. Il doit être précis dans le sens que le débiteur doit réellement comprendre que le créancier exige l'exécution du contrat¹⁵. Il doit être déterminé, c'est-à-dire qu'il doit comporter un nombre de jours (ou mois) précis. Le créancier doit faire savoir au débiteur jusqu'à quel jour il entend recevoir la prestation¹⁶. Enfin, le délai supplémentaire d'exécution doit être convenable, c'est-à-dire en rapport avec l'importance et les difficultés de la prestation et le besoin plus ou moins pressant du créancier¹⁷.

Dans le droit de la vente, contrairement à d'autres contrats¹⁸, la loi n'a pas prévu la durée du délai d'exécution, exception faite toutefois pour la vente à tempérament. Il doit être suffisant pour permettre au débiteur

¹⁰ von Tuhr-Escher, *loc. cit.*, p. 149 ; Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 107 N° 10.

¹¹ Néanmoins, le créancier peut exercer le droit d'option (et donc le droit de résolution) déjà en fixant le délai supplémentaire, ATF 43 (1917) II 170 = JT 1917 I p. 583. La déclaration immédiate de résolution n'est donc pas nécessaire. Dans ce cas, le créancier perd le droit d'opter à nouveau ; OG, ZBJV 78 (1942) p. 362 ss.

¹² Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 107 N° 13 ; Becker, *loc. cit.*, Art. 107 N° 12 ; von Tuhr-Escher, *loc. cit.*, p. 149 ; Blass, *loc. cit.*, p. 81 ; voir également, dans le même sens, Comment, *loc. cit.*, p. 69 et Voser, *loc. cit.*, p. 70, mais qui admettent que cela devrait être possible de lege ferenda.

¹³ ATF 29 (1903) II 265 = JT 1904, p. 163 ; ATF 51 (1925) II 323 = JT 1926 I p. 150.

¹⁴ Le délai supplémentaire n'est soumis à aucune forme particulière.

¹⁵ Comment, *loc. cit.*, p. 66 ; Becker, *loc. cit.*, Art. 107 N° 17 qui admet que des expressions telles que « je vous rendrai responsable du dommage », « je vous actionnerai » ne contiennent pas de fixation de délai d'exécution.

¹⁶ von Tuhr-Escher, *loc. cit.*, p. 149 ; Becker, *loc. cit.*, Art. 107 N° 21 ; Comment, *loc. cit.*, p. 66. Le fait d'inviter le débiteur à s'exécuter dans un délai convenable n'implique pas fixation d'un délai supplémentaire au sens de l'art. 107 al. 1 CO.

¹⁷ von Tuhr-Escher, *loc. cit.*, p. 149 ; Cour de Justice, SemJud 68 (1946) p. 61.

¹⁸ Voir art. 265 et 293 CO (bail) et art. 20 LCA (contrat d'assurance).

de s'exécuter sans toutefois léser le créancier. Selon le Tribunal fédéral¹⁹, « la fixation d'un délai pour s'exécuter, au sens de l'art. 107, ne doit pas procurer au débiteur la possibilité de disposer de nouveau de tout le temps prévu au début pour la livraison ; son but est uniquement d'empêcher que, alors qu'il serait en mesure de s'exécuter rapidement, il ne soit inopinément empêché par la renonciation inattendue du créancier à l'exécution en nature ». Ainsi, notre Cour suprême a jugé qu'un délai de huit jours imparti à un débiteur six ans après que le premier acompte fût exigible n'était pas convenable, parce qu'on pouvait déduire de l'attitude générale du créancier qu'il avait accordé un sursis à son débiteur²⁰. Par contre, le Tribunal fédéral a admis comme convenable un délai de six jours alors qu'il s'était déjà écoulé plus de trois mois depuis le terme de livraison, temps pendant lequel le créancier avait réclamé plusieurs fois l'exécution²¹. Dans un arrêt récent²², le Tribunal fédéral a même considéré comme convenable un délai d'un jour, le créancier — il est vrai — ayant réclamé l'exécution pendant plus de trois semaines.

Il n'existe donc pas de critère permettant d'établir le caractère convenable du délai fixé. Cette question doit être examinée selon les règles de la bonne foi, sans perdre de vue que la fixation du délai doit permettre au débiteur de s'exécuter et ne doit pas favoriser une spéculation en faveur du créancier²³. Toutefois, particulièrement dans le contrat de vente, un délai relativement court paraît s'imposer afin de ne pas immobiliser les transactions entre les parties²⁴. La vente est, en effet, un contrat synallagmatique, où les prestations des co-contractants doivent et peuvent être rapidement exécutées, ceci d'autant plus que, par la mise en demeure, le débiteur sait qu'il doit exécuter son obligation dans les plus brefs délais.

Si le délai fixé par le créancier est trop court, le débiteur doit néanmoins s'exécuter dans un délai convenable. Il n'est pas dispensé de s'exécuter ; tout au plus peut-il protester contre la fixation du délai trop court, mais ne doit pas attendre passivement que le créancier lui fixe un délai convenable²⁵. Ainsi, l'art. 107 al. 2 CO produit ses effets juridiques si le débiteur n'accomplit pas la prestation dans un délai convenable à partir de l'arrivée de l'avis qui lui fixe un délai trop court²⁶. Le débiteur doit, tout en protestant contre le délai jugé trop court, s'exécuter dans un délai convenable²⁷. Si le délai imparti par le créancier est trop

¹⁹ ATF 43 (1917) II 170, 172 = 1917 p. 583, 586.

²⁰ ATF 48 (1922) II 452, 462.

²¹ ATF 43 (1917) II 170 = JT 1917 p. 583.

²² ATF 91 (1965) II 344, 351 = JT 1966 I p. 530, 536.

²³ Comment, *loc. cit.*, p. 68.

²⁴ Ceci est particulièrement aigu en matière de vente commerciale où la loi prévoit d'ailleurs que le terme de livraison (art. 190 CO) est présumé être un Fixgeschäft, ce qui dispense l'acheteur de fixer un délai supplémentaire.

²⁵ Comment, *loc. cit.*, p. 68.

²⁶ von Tuhr-Escher, *loc. cit.*, p. 150.

²⁷ Le Tribunal qui constate l'insuffisance du délai peut le prolonger même si le délai a été fixé par une autorité, ATF 42 (1916) II 224.

court, mais si l'exécution de la prestation est intervenue dans un délai qui aurait dû raisonnablement être fixé, l'exécution est valable. Le créancier ne peut résoudre le contrat ; tout au plus peut-il réclamer des dommages-intérêts pour cause de retard au sens de l'art. 103 al. 1 CO ou des intérêts moratoires (art. 104 CO) selon que l'obligation du débiteur est pécuniaire ou non²⁸.

(b) *La dispense de fixation d'un délai convenable*

Dans certains cas, le créancier est dispensé d'accorder au débiteur un délai de grâce pour exécuter la prestation. Il peut alors, dès la mise en demeure, opter pour l'une des voies prévues à l'art. 107 al. 2 CO. Toutefois, s'il désire choisir la renonciation à l'exécution et les dommages-intérêts positifs ou la résolution du contrat, il doit faire une déclaration immédiate dans ce sens²⁹. En l'absence d'une telle déclaration, le créancier est présumé réclamer l'exécution du contrat et des dommages-intérêts pour cause de retard ou des intérêts moratoires. Néanmoins, le créancier qui omet de faire une déclaration immédiate de renonciation à l'exécution peut toujours fixer un délai de grâce à son débiteur et faire une telle déclaration à l'expiration du délai convenu. Enfin, même lorsque le créancier est au bénéfice de l'art. 108 CO, il peut néanmoins fixer un délai de l'exécution à son débiteur. Immédiatement après l'expiration du délai fixé, le créancier devra renoncer à l'exécution, faute de quoi il sera présumé réclamer l'exécution du contrat.

La fixation du délai supplémentaire n'est pas nécessaire dans trois cas prévus à l'art. 108 CO dont le dernier nous intéresse plus particulièrement :

aa) Lorsqu'elle est inutile, c'est-à-dire « lorsqu'il ressort de l'attitude du débiteur que cette mesure serait sans effet » (art. 108 ch. 1 CO). Il faut que l'exécution devienne sans utilité pour le créancier, dans le sens qu'elle ne réponde plus au but du contrat³⁰. Tel est le cas si, après la mise en demeure, le créancier déclare sérieusement qu'il ne peut pas ou ne veut pas exécuter la prestation due³¹, prétendant par exemple avoir perdu l'objet en question. Le Tribunal fédéral³² a également jugé que lorsque le débiteur, avant même l'exigibilité de son obligation, a clairement manifesté son intention de ne pas exécuter ses obligations, l'interpellation et la fixation du délai sup-

²⁸ Cour de Justice, SemJud 68 (1946) p. 61.

²⁹ Voir *infra*, p. 76 ss. De lege lata, l'art. 108 dispense le créancier de fixer un délai supplémentaire, mais ne le dispense pas de faire une déclaration immédiate.

³⁰ Comment, *loc. cit.*, p. 88 ; *contra* : Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 107 N° 4 qui refusent de prendre en considération le but du contrat.

³¹ von Tuhr-Escher, *loc. cit.*, p. 150 ; ATF 43 (1917) II 225, 229 = JT 1917 p. 459, 463 ; ATF 48 (1922) II 405 = JT 1922 I p. 75 ; ATF 38 (1912) II 118, 122 ; Cour d'appel, Tessin, Rep. 91 (1958) 89 = SJZ 55 (1959) p. 74 N° 27.

³² ATF 94 (1958) II 26, 32 = JT 1969 I p. 322, 328 ; ATF 69 (1943) II 243 = JT 1944 I p. 136, 140.

plémentaire étaient superflues. Le débiteur peut toutefois retirer sa déclaration de ne pas accomplir sa prestation si le créancier n'a pas encore renoncé à l'exécution ou résolu le contrat³³.

Il faut donc qu'après un examen sérieux de l'attitude du débiteur — où l'impression faite au créancier sera déterminante —, le créancier arrive raisonnablement à la conviction que la fixation du délai supplémentaire est inutile, c'est-à-dire que le débiteur ne s'exécutera pas volontairement. Des expressions telles que « *je verrai* », « *j'y reviendrai plus tard* » ne permettent pas de déduire que le débiteur ne s'exécutera pas³⁴.

- bb) « *Lorsque, par suite de la demeure du débiteur, l'exécution de l'obligation est devenue sans utilité pour le créancier* » (art. 108 ch. 2). Dans le cadre de l'art. 108 ch. 1 CO, c'est le délai qui est inutile, alors que dans le cas présent, c'est la prestation elle-même qui perd de son utilité. La prestation est sans utilité pour le créancier s'il n'a aucun intérêt à la recevoir et à fournir en échange sa contre-prestation au débiteur en demeure³⁵. D'après le Tribunal fédéral³⁶, il n'est pas nécessaire que l'exécution de la prestation soit d'aucune utilité pour le créancier ; une notable diminution doit suffire.

Il faut que l'exécution de la prestation soit inutile pour le créancier. Il n'est pas nécessaire que l'inutilité de l'exécution de l'obligation du débiteur ait été reconnaissable par ce dernier³⁷. En effet, le délai supplémentaire est imposé au créancier par la loi pour ménager le débiteur en demeure, mais cette considération s'efface devant un besoin pressant du créancier³⁸. D'autre part, le créancier n'a pas besoin d'indiquer au débiteur l'usage, la destination qu'il entend faire de la marchandise reçue. Une fois l'exécution devenue inutile pour le créancier, ce dernier est dispensé de fixer un délai supplémentaire, sauf s'il est de mauvaise foi, par exemple s'il a modifié le but du contrat pour rendre l'exécution inutile³⁹. D'une façon générale, l'inu-

³³ von Tuhr-Escher, *loc. cit.*, p. 150 ; Descurtins, *loc. cit.*, p. 76 ; Comment, *loc. cit.*, p. 87-88 ; Voser, *loc. cit.*, p. 90.

³⁴ Comment, *loc. cit.*, p. 87. Sur l'art. 108 ch. 1 CO, voir von Tuhr-Escher, *loc. cit.*, p. 150 ; Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 108 N° 4 ; Becker, *loc. cit.*, Art. 108 N° 3-6 ; Voser, *loc. cit.*, p. 89-91 ; Comment, *loc. cit.*, p. 86-88 ; Bär, *loc. cit.*, p. 10-11.

³⁵ von Tuhr-Escher, *loc. cit.*, p. 150-151 ; Becker, *loc. cit.*, Art. 108 N° 8.

³⁶ ATF 32 (1906) II 528, 535 ; ATF 45 (1919) II, 51, 62 = JT 1919 I p. 362, 371 ; ATF 24 (1898) II 392, 397. L'importance de la diminution d'utilité sera, en cas de contestation, appréciée par le juge.

³⁷ Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 108 N° 4 ; Comment, *loc. cit.*, p. 89-90 ; von Tuhr-Escher, *loc. cit.*, p. 151 ; *contra* : Becker, *loc. cit.*, Art. 108 N° 8 ; Bär, *loc. cit.*, p. 12. C'est précisément ce qui distingue le ch. 2 du ch. 3 de l'art. 108 CO.

³⁸ von Tuhr-Escher, *loc. cit.*, p. 151.

³⁹ Comment, *loc. cit.*, p. 90.

tilité doit être considérée par rapport au but du contrat⁴⁰. Enfin, l'inutilité de la prestation doit résulter de la demeure du débiteur et non d'une autre cause⁴¹.

cc) « *Lorsqu'aux termes du contrat, l'exécution doit avoir lieu exactement à un terme fixe ou dans un délai déterminé* » (art. 108 ch. 3 CO). Il s'agit des contrats à échéance de rigueur ou terme strict, également dénommés *Fixgeschäft*, expression usitée même en langue française. Il s'agit d'un contrat aux termes duquel, d'après la volonté des parties, la prestation doit être accomplie exactement dans tel délai ou à tel moment⁴². D'après le Tribunal fédéral⁴³ et la doctrine⁴⁴, il n'y a pas seulement *Fixgeschäft* lorsque le contrat contient l'indication du jour auquel l'exécution doit avoir lieu ; il faut encore que, d'après l'intention des parties, il ne s'agisse pas d'une date approximative, mais que le terme fixé soit rigoureusement observé.

Le *Fixgeschäft* suppose ainsi la réalisation de deux conditions⁴⁵ : d'une part, l'accord des parties déterminant le jour de l'exécution, d'autre part, un accord des parties sur l'observation rigoureuse de cette échéance. Ainsi, « *le terme fixé pour l'exécution de l'obligation contractuelle doit apparaître comme un des éléments nécessaires du contrat, ce qui est le cas lorsque le contrat ne peut être considéré comme accompli que moyennant l'exécution de la prestation au moment précis qui a été convenu, en d'autres termes lorsque, d'après la volonté des parties, le maintien ou l'abandon de toute l'affaire dépend de l'observation du délai fixé pour l'exécution... Celui qui prétend se fonder sur le caractère de *Fixgeschäft* du contrat doit prouver que, d'après la volonté des parties, la fixation d'un terme précis de livraison devait avoir cette portée-là* »⁴⁶.

Le *Fixgeschäft* au sens de l'art. 108 ch. 3 CO doit être distingué de la fixation d'un jour déterminé pour l'exécution au sens de l'art. 102 al. 2 CO, et qui dispense le créancier d'interpeller le débiteur pour le mettre en demeure. Le terme strict de l'art. 108 ch. 3 CO renferme le terme de l'art. 102 al. 2 CO, de telle sorte que dès

⁴⁰ Comment, *loc. cit.*, p. 88 ; *contra* : Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 108 N° 4 qui admettent que l'exécution doit être non seulement inutile au créancier, mais d'une façon générale à tout homme qui se trouverait dans la situation de ce dernier.

⁴¹ Comment, *loc. cit.*, p. 90. Sur l'art. 108 ch. 2 CO, voir von Tuhr-Escher, *loc. cit.*, p. 151 ; Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 108 N° 4 ; Becker, *loc. cit.*, Art. 108 N° 7-11 ; Voser, *loc. cit.*, p. 91-92 ; Comment, *loc. cit.*, p. 88-92 ; Bär, *loc. cit.*, p. 11-13.

⁴² Comment, *loc. cit.*, p. 90.

⁴³ ATF 45 (1919) II p. 438 s. ; ATF 46 (1920) II p. 164, 166 ; ATF 49 (1923) II 220, 227 = JT 1924 I p. 19.

⁴⁴ Comment, *loc. cit.*, p. 90 s. ; Bär, *loc. cit.*, 16 ss. ; Keppler, *loc. cit.*, p. 2 ss. ; von Tuhr-Escher, *loc. cit.*, p. 151 ; Becker, *loc. cit.*, Art. 108 N° 12 ; Giger, *loc. cit.*, Art. 190 N° 13.

⁴⁵ Keppler, *loc. cit.*, p. 4.

⁴⁶ ATF 49 (1926) II 220, 22 = JT 1927 I p. 19.

l'expiration du terme strict, le débiteur est ipso facto en demeure qualifiée au sens de l'art. 107 CO et le droit d'option est ouvert au créancier. Mais, dans le cadre du terme strict — qui dispense le créancier de fixer un délai supplémentaire —, il doit ressortir du contrat que d'emblée, le créancier entendait ne pas recevoir tardivement la prestation⁴⁷. Lorsque le contrat renferme un terme — et non un terme strict, c'est-à-dire lorsqu'il ne découle pas de la volonté des parties que l'exécution devait avoir lieu exactement à ce moment —, le débiteur est, à l'expiration du terme, mis en demeure au sens de l'art. 102 CO. Mais il doit néanmoins fixer un délai supplémentaire s'il veut bénéficier des voies que lui offre l'art. 107 al. 2 CO. Le terme strict peut être convenu expressément, ainsi lorsque la convention prévoit que l'exécution doit avoir lieu « *au plus tard le 15 octobre* », « *pas plus tard que le 15 octobre* », « *au maximum dans deux mois* »⁴⁸... Il a été jugé⁴⁹ que le terme de livraison « septembre-octobre 1950 » n'avait pas le caractère d'un *Fixgeschäft*. Il en est de même lorsque la convention prévoit la livraison « *aussitôt après réception de la marchandise par le vendeur dans environ deux à trois semaines* »⁵⁰ et également lorsque la convention renferme la clause « *embarquement le plus tôt possible* »⁵¹. Le *Fixgeschäft* peut également découler des circonstances notamment du fait que le créancier avait besoin de recevoir la prestation à un moment précis et que le débiteur connaissait cette circonstance lors de la conclusion du contrat⁵².

Enfin, le *Fixgeschäft* peut résulter du genre de marchandises faisant l'objet du contrat, notamment les articles de saisons et les valeurs en bourse⁵³.

Il n'est pas toujours aisé de distinguer le *Fixgeschäft* de l'art. 108 ch. 3 (surtout quand il n'est pas expressément convenu) de l'inutilité de l'exécution pour le créancier (art. 108 ch. 2 CO). On doit admettre

⁴⁷ von Tuhr-Escher, *loc. cit.*, p. 151 ; Keppler, *loc. cit.*, p. 4 ; Giger, *loc. cit.*, Art. 190 N° 13.

⁴⁸ von Tuhr-Escher, *loc. cit.*, p. 152 ; Keppler, *loc. cit.*, p. 5 s. ; Bär, *loc. cit.*, p. 47 ; Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 108 N° 8 ; ATF 96 (1970) II 47, 50 = JT 1971 I p. 525 s.

⁴⁹ Cour de Justice, SemJud 80 (1958) p. 197. Le Tribunal a considéré qu'il ne s'agissait que d'un terme de livraison (dies interpellat pro homine, art. 102 al. 2 CO), à l'expiration duquel le débiteur était en demeure au sens de l'art. 102 CO.

⁵⁰ Cour de Justice, SemJud 75 (1953) p. 89.

⁵¹ Rep. 61 (1928) p. 359 ss.

⁵² Voir Bär, *loc. cit.*, p. 48 s. ; von Tuhr-Escher, *loc. cit.*, p. 152.

⁵³ Voir à ce sujet Keppler, *loc. cit.*, p. 6 s. ; Bär, *loc. cit.*, p. 49 s. ; Comment, *loc. cit.*, p. 93 s. ; Becker, *loc. cit.*, Art. 108 N° 17 ; Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 108 N° 9. Voir également ATF 21 (1895) p. 533 s. ; ATF 45 (1919) II 438, où s'agissant de roubles Kerensky « livrables dans huit à dix jours », le Tribunal fédéral a considéré que « les parties ont un intérêt évident à limiter le risque de fluctuations de prix et ont entendu que le marché soit exécuté strictement à la date convenue ».

que le ch. 3 est un cas spécial du ch. 2⁵⁴. A notre sens, la distinction réside dans la reconnaissance du débiteur quant à l'inutilité d'effectuer sa prestation. Dans le cadre de l'art. 108 ch. 3 CO, le contrat prévoit expressément ou tacitement que le débiteur devra s'exécuter à un jour fixe, l'inutilité de la prestation tardive étant alors reconnaissable pour le débiteur ; au contraire, à l'art. 108 ch. 2 CO, l'absence d'utilité résulte des circonstances et non de la convention, le débiteur pouvant ne pas se rendre compte de l'inutilité de la prestation tardive⁵⁵.

Enfin, l'art. 108 CO autorise, mais n'oblige pas le créancier à opter sans fixer de délai supplémentaire. Ainsi, même en présence d'un *Fixgeschäft*, le créancier peut accorder un délai supplémentaire d'exécution à son débiteur. Si ce dernier ne s'est pas exécuté à l'expiration du délai fixé, le droit d'option de l'art. 107 al. 2 CO est ouvert au créancier⁵⁶.

3. — La déclaration de résolution

(a) Généralités

A l'expiration du délai supplémentaire ou dès la mise en demeure si l'on est en présence d'un *Fixgeschäft* (ou dans les autres hypothèses de l'art. 108 CO), le droit d'option de l'art. 107 al. 2 CO est ouvert au créancier. Le créancier peut continuer à réclamer l'exécution de l'obligation du débiteur. En l'espèce, l'acheteur réclamera l'exécution du contrat (livraison et transfert de propriété de la chose vendue, art. 184 al. 1 CO, art. 1 al. 1 CO, confirmée par la « lex contractus », art. 19 al. 1 CO) et des dommages-intérêts pour cause de retard. Le créancier peut également renoncer à l'exécution et réclamer des dommages-intérêts positifs au sens de l'art. 107 al. 2 CO, à la condition de faire une déclaration immédiate dans ce sens. Dans la vente civile, contrairement à la vente commerciale⁵⁷, c'est l'exécution du contrat qui est présumée.

Le *Fixgeschäft* — et les autres cas de l'art. 108 CO — ne dispensent pas le créancier de faire une déclaration immédiate s'il ne désire plus réclamer l'exécution du contrat⁵⁸. Si le créancier omet de faire une telle déclaration, il est présumé réclamer l'exécution de l'obligation du débi-

⁵⁴ Keppler, *loc. cit.*, p. 2 ; Comment, *loc. cit.*, p. 94.

⁵⁵ Voir *supra*, p. 73.

⁵⁶ ATF 76 (1950) II 300 = JT 1951 I p. 267.

⁵⁷ Voir *infra*, p. 82 ss. La présomption d'exécution du contrat peut apparaître surprenante et inadéquate et est pratiquement toujours réfutée par le créancier, qui excédé de ne pas avoir la prestation, désire soit des dommages-intérêts positifs, soit se départir du contrat. Il ne faut néanmoins pas perdre de vue que les contrats sont conclus pour être exécutés, que la prestation promise peut être fournie et que l'immobilisation des transactions commerciales a sans doute moins d'importance en matière civile qu'en matière commerciale.

⁵⁸ Voir Comment, *loc. cit.*, p. 85, qui propose que la déclaration immédiate ne soit plus nécessaire dans les cas de l'art. 108 CO.

teur, que le contrat renferme ou non un *Fixgeschäft*. La situation est différente en droit allemand où le § 361 BGB dispose que lorsqu'un contrat synallagmatique renferme un *Fixgeschäft*, le créancier est présumé résoudre le contrat si la prestation du débiteur n'a pas été fournie à la date fixée. Cette disposition déroge au § 326 BGB en deux points essentiels : d'une part le droit de résolution du débiteur est présumé même sans faute du débiteur, qui apparaît au contraire comme une condition du droit de résolution en cas de demeure du débiteur selon le § 326 BGB ; d'autre part, dans le cadre du § 366 BGB, la fixation d'un délai supplémentaire accompagné d'une déclaration refusant l'acceptation de la prestation due (*Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung*) n'est pas nécessaire. A l'expiration du délai fixé, le contrat est sans autre résolu. Le créancier peut réfuter la présomption et réclamer soit l'exécution du contrat, soit, dans les conditions du § 326 BGB, c'est-à-dire en présence d'une faute du débiteur et en fixant un délai supplémentaire avec déclaration de renonciation à l'exécution, des dommages-intérêts pour inexécution ⁵⁹.

Même lorsque le contrat ne renferme pas de *Fixgeschäft*, la demeure du débiteur en droit allemand diffère quelque peu du droit suisse. En effet, selon le § 326 I BGB, sous réserve de l'al. 2, le créancier, avant d'opter entre des dommages-intérêts positifs et la résolution du contrat, doit fixer à son débiteur un délai supplémentaire accompagné d'une déclaration de renonciation à l'exécution. Une action en exécution n'est dès lors plus possible. En droit suisse, le Tribunal fédéral ⁶⁰ a admis que le créancier avait la possibilité d'exercer son droit d'option déjà en fixant le délai supplémentaire.

En résumé, en droit suisse, à l'échéance du délai supplémentaire ou du *Fixgeschäft*, le créancier est présumé réclamer l'exécution du contrat ⁶¹. S'il désire des dommages-intérêts positifs ou la résolution du contrat, il doit en faire la déclaration immédiate de renonciation à l'exécution. En l'absence d'une telle déclaration, le créancier ne peut que réclamer la prestations promise : il peut toutefois fixer un nouveau délai supplémentaire à son débiteur, quand bien même il était au bénéfice d'un *Fixgeschäft*, et disposer de son droit d'option à l'échéance du délai ⁶².

⁵⁹ Voir Brox I, *loc. cit.*, Rdnr. 214 ; Larenz I, *loc. cit.*, p. 293 s. ; Fikentscher, *loc. cit.*, p. 222 s. ; Erman-Westermann, *loc. cit.*, § 316 N° 5. En l'absence d'un principe général de résolution pour inexécution, la tendance de la jurisprudence allemande a été d'attribuer une large portée au § 361 BGB. Voir Constantinesco, *loc. cit.*, p. 236.

Comme en droit suisse, il doit résulter de l'intention des parties que l'échéance est fixée pour l'exécution de façon définitive, cette condition devant être essentielle pour le contrat. On peut noter, anecdotiquement, qu'à la fameuse époque de la spectaculaire dépréciation du Deutsche Mark, il y avait *Fixgeschäft* quand on fixait une ou deux heures pour l'exécution !

⁶⁰ ATF 43 (1917) II 170 = JT 1917 I p. 583.

⁶¹ Voir à ce sujet Comment, *loc. cit.*, p. 98 ss. ; Engel, *loc. cit.*, p. 493.

⁶² Cour de Justice, SemJud 78 (1956) p. 214.

(b) *But et caractère immédiat de la déclaration*

La déclaration immédiate est une mesure établie dans l'intérêt du débiteur. Elle est nécessaire, car il faut que celui-ci soit informé du parti choisi par le créancier. Ce dernier ne doit pas pouvoir spéculer au détriment du débiteur ; il doit donc l'avertir s'il entend ou non poursuivre l'exécution du contrat.

La question du caractère immédiat doit être résolue à la lumière du principe de la bonne foi, en tenant compte des circonstances du cas et du genre de l'affaire. On doit considérer que l'art. 107 al. 2 CO a précisément pour but d'empêcher la spéculation d'un co-contractant au détriment de l'autre en profitant de la situation du marché ⁶³. Ainsi, le Tribunal fédéral ⁶⁴ a jugé tardive une déclaration faite quatorze jours après l'expiration du délai supplémentaire, la marchandise en question étant soumise à de grandes fluctuations de prix. Il a également été jugé que la déclaration est immédiate lorsque, retardée par une tentative d'arrangement, elle est faite dès que le litige est porté devant le juge ⁶⁵. Notre Cour suprême a également jugé que le débiteur ne peut invoquer l'exception de tardiveté de la déclaration s'il a fait savoir à l'avance qu'il ne s'exécuterait pas ⁶⁶.

(c) *Contenu de la déclaration*

La loi enseigne que si le créancier désire des dommages-intérêts pour inexécution ou la résolution du contrat, il doit en faire la déclaration immédiate. Cette déclaration doit-elle précisément se référer à la voie (N° 2 ou N° 3) que choisit le créancier ou bien une déclaration générale de renonciation à l'exécution suffit-elle, le créancier pouvant alors ensuite opter entre les dommages-intérêts positifs et la résolution ? En droit allemand, le créancier doit renoncer à l'exécution en fixant le délai supplémentaire et peut ensuite opter pour les dommages-intérêts ou la résolution du contrat.

En droit suisse, selon une partie de la doctrine ⁶⁷, à l'expiration du délai supplémentaire ou dès la mise en demeure s'il y a *Fixgeschäft*, le créancier doit immédiatement déclarer s'il réclame des dommages-intérêts positifs ou bien s'il résout le contrat. Une fois son option choisie, il ne peut plus la révoquer. Un tel point de vue est commandé par un souci de protection du débiteur qui ne doit pas souffrir d'une spéculation du créancier faite à son détriment ⁶⁸.

⁶³ ATF 44 (1918) II 172 = JT 1919, p. 295 ; Comment, *loc. cit.*, p. 79.

⁶⁴ ATF 44 (1918) II 172 = JT 1919, p. 295.

⁶⁵ ATF 69 (1943) II 243 = JT 1944 I, p. 136.

⁶⁶ ATF 76 (1950) II 300 = JT 1951 I, p. 267 ; voir Descurtins, *loc. cit.*, p. 75 s., qui fait la critique de cet arrêt.

⁶⁷ Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 107 N° 34 ; Blass, *loc. cit.*, p. 82 ; von Tuhr-Escher, *loc. cit.*, p. 154 ; Engel, *loc. cit.*, p. 494 ; Comment, *loc. cit.*, p. 72.

⁶⁸ Notamment lorsqu'il s'agit de marchandises soumises à de grandes fluctuations de prix.

Selon une autre partie de la doctrine⁶⁹, que nous partageons, le créancier n'a pas besoin de se prononcer immédiatement après l'expiration du délai pour la deuxième voie (renonciation à l'exécution et dommages-intérêts positifs) ou la troisième voie (résolution du contrat). Il suffit que le créancier déclare qu'il renonce à réclamer l'exécution du contrat, la spéculation sur le compte du débiteur étant ainsi empêchée. On doit en effet admettre avec la Cour d'appel de Berne⁷⁰ que la volonté du législateur est que les parties soient fixées sur l'exécution du contrat. Lorsque le créancier a pris parti de renoncer à l'exécution, la spéculation au détriment du débiteur n'est plus possible, ce dernier sachant que le créancier ne pourra plus lui réclamer l'exécution du contrat, mais simplement des dommages-intérêts positifs ou négatifs.

Cette déclaration est un acte juridique unilatéral par lequel le créancier exerce un droit formateur qui modifie le rapport d'obligation. Comme tel, elle est irrévocable et ne peut être conditionnelle.

A partir de la déclaration immédiate de renonciation à l'exécution, le créancier dispose d'une année⁷¹ pour opter entre les dommages-intérêts positifs et la résolution du contrat. En effet, il y a lacune de la loi sur le point de savoir dans quel délai doit se prescrire le droit de résolution du créancier⁷². Toutefois, on peut admettre sans équivoque que la ratio legis ne commande pas que ce droit se prescrive par dix ans selon l'art. 127 CO. En effet, lorsque le créancier renonce à l'exécution, il est présumé réclamer des dommages-intérêts positifs pendant une année selon les art. 99 al. 3 et 60 al. 1 CO. Passé ce délai, l'obligation de payer des dommages-intérêts positifs se transforme en une obligation naturelle. La créance est due, mais ne peut être exigée. Il serait dès lors inadmissible de contourner la difficulté et d'admettre après l'écoulement du délai d'une année la possibilité pour le créancier de résoudre le contrat et de réclamer des dommages-intérêts négatifs. La ratio legis commande que le droit d'option de l'art. 107 al. 2 CO (dommages-intérêts positifs ou résolution du contrat) se prescrive dans le même délai d'une année dès la déclaration de renonciation immédiate à l'exécution.

Le droit de résolution s'exerçant au moyen d'une déclaration de volonté sujette à réception est un acte juridique par lequel le créancier exerce un droit formateur résolutoire⁷³. Si un jugement intervient ultérieurement, il n'a qu'un caractère déclaratif ; il ne sert qu'à constater l'effet juridique déjà produit si les conditions de la résolution sont réalisées.

⁶⁹ Becker, *loc. cit.*, Art. 107 N° 36 ; Keppler, *loc. cit.*, p. 36 ; Göschke, *loc. cit.*, p. 78 s. ; Lemp, *loc. cit.*, p. 129 ; Descurtins, *loc. cit.*, p. 44 ; Guhl, Rücktritt..., *loc. cit.*, p. 143. Voir également ZBJV 56 (1920) p. 224 ; ZBJV 55 (1919) p. 508 s.

⁷⁰ ZBJV 56 (1920) p. 224.

⁷¹ Spiro, *loc. cit.*, p. 688 ss. ; Schönle, *loc. cit.*, p. 477.

⁷² Voir également p. 86.

⁷³ Voir *supra*, p. 14 ss.

II. *Les effets de la résolution*

Nous avons déjà longuement traité ces problèmes dans notre première partie⁷⁴. Notre propos est juste de rappeler fort brièvement les effets de la résolution au sens des art. 107-109 CO pour permettre une comparaison avec les effets des art. 190-191 et 214-215 CO.

La résolution du contrat, sanctionnant une inexécution d'une obligation contractuelle, laisse le contrat générateur valable jusqu'au moment de la résolution, mais enlève à la disposition la cause ex nunc avec effet ex tunc ; elle transforme le rapport contractuel en un rapport de liquidation des effets du contrat au sens des art. 62 ss. CO. Les prestations ayant été effectuées⁷⁵ avec cause valable, l'acheteur qui a résolu le contrat pour demeure de son vendeur⁷⁶ dispose contre son débiteur d'une action en remboursement des sommes payées (art. 109 al. 1 CO), le vendeur, dans la mesure où il a partiellement exécuté son obligation, disposant alors d'une action en retransmission de la propriété mobilière ou immobilière sur la base de l'art. 109 al. 1 CO⁷⁷. Cette dernière disposition est un cas d'application de l'art. 62 al. 1, al. 2, 3^e hypothèse (« *condictio ob causam finitam* »). Les actions en restitution se prescrivent par une année en application de l'art. 67 CO⁷⁸. L'acheteur qui résout le contrat peut réclamer, dans le délai d'une année, dès la déclaration de résolution (art. 99 al. 3 et 60 al. 1 CO), des dommages-intérêts négatifs à son vendeur, en cas de faute de celui-ci (art. 109 al. 2 CO)⁷⁹. S'il désire des dommages-intérêts positifs, l'acheteur ne doit pas résoudre le contrat⁸⁰, mais doit, après la déclaration de renonciation à l'exécution⁸¹, réclamer dans le délai d'une année des dommages-intérêts pour inexécution (art. 107 al. 2 CO) en lieu et place de l'exécution. Il s'agit de dommages-intérêts positifs représentant l'avantage qu'aurait procuré au créancier l'exécution du contrat et visant à le remettre dans la situation où il se fût trouvé si le contrat avait été bien exécuté.

A la lecture de l'art. 107 al. 2 CO, le débiteur doit des dommages-intérêts pour inexécution même sans faute de sa part. Doit-on en déduire

⁷⁴ Voir I^{re} partie, chap. III et IV.

⁷⁵ Voir *supra*, p. 21 ss.

⁷⁶ Si aucune prestation n'a été effectuée — et notamment si l'acheteur n'a pas encore payé le prix convenu —, il y a libération d'effectuer les prestations non fournies.

⁷⁷ Voir *supra*, p. 25 ss.

⁷⁸ Voir *supra*, p. 27 s.

⁷⁹ Sur les dommages-intérêts négatifs dus en cas de résolution, voir *infra*, p. 44 ss.

⁸⁰ Sur la contradiction entre le cumul de la résolution et des dommages-intérêts positifs, voir *supra*, p. 44 ss.

⁸¹ Götsche, *loc. cit.*, p. 22, n'apprécie pas cette expression. Elle nous semble pourtant tout à fait correcte. Il n'y a pas renonciation au contrat ; le contrat est maintenu et il y a renonciation à l'exécution en nature.

que la faute du débiteur n'est pas une condition de l'action en dommages-intérêts positifs du créancier ? Nous ne le pensons pas.

D'ailleurs, une telle solution serait une entorse dangereuse à la théorie générale de la responsabilité contractuelle qui n'accorde au créancier une action en dommages-intérêts qu'en cas de faute du débiteur. D'autre part, une telle bévue législative peut se comprendre historiquement. En effet, dans l'ancien Code des obligations, le créancier ne pouvait, en cas de demeure du débiteur, que réclamer l'exécution du contrat ou la résolution avec dommages-intérêts positifs en cas de faute du débiteur. Lors de la révision de 1911, le législateur suisse, à l'instar du droit allemand, a introduit une 3^e voie (actuel art. 107 al. 2 voie N° 2 CO), conçue sur le modèle du § 326 BGB. Certes, cette dernière disposition ne permet pas au débiteur de se libérer en prouvant son absence de faute, mais cette considération est inapplicable en droit suisse, la faute étant une condition de la demeure en droit allemand (§ 285 BGB). Il n'était dès lors pas nécessaire de reprendre cette condition dans le § 326 BGB. On doit ainsi admettre, avec la jurisprudence⁸² et la doctrine dominante⁸³, que le débiteur peut se libérer de son obligation de payer des dommages-intérêts positifs s'il prouve qu'il s'est trouvé en demeure sans sa faute.

L'application de la théorie de l'échange ou de la différence pour le calcul des dommages-intérêts n'a que peu d'importance dans la mesure du débiteur du vendeur⁸⁴. La prestation du créancier (acheteur) étant de nature pécuniaire, il y aura compensation (art. 120 CO) : l'acheteur imputera sur les dommages-intérêts positifs qu'il réclame le prix qu'il aurait dû payer⁸⁵. Toutefois, la compensation peut être exclue, lorsque les parties y ont renoncé à l'avance (art. 126 CO). Dans ce cas, on doit refuser le calcul des dommages-intérêts selon la théorie de la différence, ce qui aboutirait à une compensation. On doit admettre d'après le principe de la confiance que les parties, en renonçant à la compensation, ont également renoncé à calculer les dommages-intérêts selon la théorie de la différence⁸⁶.

⁸² ATF 94 (1968) II 26, 33 = JT 1969 I p. 322, 329.

⁸³ von Tuhr-Escher, *loc. cit.*, p. 154 (not. note 88) ; Becker, *loc. cit.*, Art. 107 N° 40 ; Keppler, *loc. cit.*, p. 43 ; Comment, *loc. cit.*, p. 135 ; Schönlé, *loc. cit.*, p. 470. *Contra* : Guhl-Merz-Kummer, *loc. cit.*, p. 226.

⁸⁴ Sur la théorie de la différence, voir *infra*, p. 93 ss.

⁸⁵ Engel, *loc. cit.*, p. 494 ; Guhl-Merz-Kummer, *loc. cit.*, p. 231 ; Cuendet, *loc. cit.*, p. 53.

⁸⁶ *Contra* : Cuendet, *loc. cit.*, p. 53 ; Lemp, *loc. cit.*, p. 57 ; Giger, *loc. cit.*, Art. 190 N° 18.

B LA VENTE COMMERCIALE

I. La notion de vente commerciale

Qu'entend-on par vente commerciale ? Le droit allemand a adopté une théorie subjective de cette notion, en retenant comme élément de définition la vente entre commerçants, c'est-à-dire entre personnes faisant métier de commerce (§ 376 HGB). Le droit suisse a adopté une théorie objective⁸⁷. Il y a vente commerciale lorsque l'acheteur achète une marchandise pour la revendre en vue de réaliser un bénéfice⁸⁸. L'élément déterminant est la destination de la marchandise, celle-ci devant être revendue et non servir les intérêts propres de l'acheteur.

Ainsi, il peut très bien y avoir vente commerciale entre deux parties contractantes qui ne sont pas des commerçants⁸⁹, au même titre que chaque vente entre commerçants n'est nécessairement une vente commerciale au sens de l'art. 190 CO⁹⁰. Lorsqu'un contrat de vente est conclu entre deux commerçants, il y a présomption de vente commerciale⁹¹ ; la présomption peut être réfutée si le vendeur prouve que l'acheteur n'a pas acheté la marchandise dans l'intention de la revendre.

II. La présomption légale

L'art. 190 al. 1 CO prévoit que « *lorsque, en matière de commerce, la convention fixe un terme pour la livraison et que le vendeur est en demeure, il y a lieu de présumer que l'acheteur renonce à l'exécution et réclame des dommages-intérêts pour cause d'inexécution* ». Alors que dans la vente civile, la présomption se réfère à la voie N° 1 de l'art. 107 al. 2 CO (action en exécution et dommages-intérêts pour cause de retard)⁹², dans la vente commerciale, la présomption se rapporte à la

⁸⁷ Keppler, *loc. cit.*, p. 20 ss. ; Becker, *loc. cit.*, Art. 190 N° 3 ; Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 190 N° 7-9 ; Honegger, *loc. cit.*, p. 60 ; Comment, *loc. cit.*, p. 54 ; von Tuhr-Peter, *loc. cit.*, p. 5 ; Giger, *loc. cit.*, Art. 190 N° 15.

⁸⁸ Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 190 N° 7 ; Giger, *loc. cit.*, Art. 190 N° 15 ; Bär, *loc. cit.*, p. 54 ; Giger, *idem*, fait bien la distinction entre le « Kaufleuten » de l'art. 104 ch. 3 CO et le « im kaufmännischen Verkehr » de l'art. 190 CO.

⁸⁹ Giger, *loc. cit.*, Art. 190 N° 16.

⁹⁰ Giger, *loc. cit.*, Art. 190 N° 17 ; il faut distinguer le « Handelsverkehr » du « kaufmännischer Verkehr ».

⁹¹ Keppler, *loc. cit.*, p. 22 ; Comment, *loc. cit.*, p. 110 ; Becker, *loc. cit.*, Art. 190 N° 3 ; Giger, *loc. cit.*, Art. 190 N° 18 ; *contra* : Bär, *loc. cit.*, p. 55. Un contrat conclu entre un commerçant et un non commerçant est également présumé être une vente commerciale si l'acheteur est commerçant.

⁹² Cette présomption doit être critiquée ; voir *supra*, p. 76. Si le créancier a fixé un délai d'exécution, ce n'est pas pour choisir une solution qui lui était ouverte sans cette formalité. Voir Secrétan, *loc. cit.*, p. 38.

voie N° 2 de ladite disposition (renonciation à l'exécution et dommages-intérêts pour inexécution)⁹³.

Les conditions de l'action de l'acheteur en dommages-intérêts positifs telle qu'elle est présumée à l'art. 190 CO sont au nombre de trois :

- une vente commerciale⁹⁴ ;
- l'accord sur un terme de livraison et
- l'inexécution (malgré la possibilité d'exécution) du vendeur à l'expiration de ce terme.

A l'échéance du terme convenu, le vendeur est ainsi non seulement en demeure du débiteur au sens de l'art. 102 CO, mais il est ipso jure en demeure « qualifiée » au sens de l'art. 107 CO. En effet, dans la vente commerciale, le terme de livraison est présumé être un *Fixgeschäft* au sens de l'art. 108 ch. 3 CO⁹⁵. La seule fixation d'un terme pour la livraison implique ainsi présomption de *Fixgeschäft*, même en l'absence de toute mention précisant que le marché doit être exécuté strictement à la date convenue⁹⁶.

Ainsi, les conventions contenant des expressions comme « *livrable en novembre* », « *au début octobre* », « *deuxième quinzaine de juin* » sont à considérer, dans la vente commerciale, comme contrats conclus avec *Fixgeschäft*. Cette interprétation, poursuit le Tribunal fédéral⁹⁷, est conforme au texte de l'art. 190 CO qui, à la différence de l'art. 108 ch. 3 CO, n'exige pas que le contrat stipule que l'exécution doit avoir lieu exactement au terme fixé. Comme pour l'existence de la vente commerciale, l'acheteur doit prouver que la convention a fixé un terme précis pour la livraison, ces faits étant nécessaires pour que naisse la présomption d'un *Fixgeschäft*⁹⁸. Ainsi, il a été jugé⁹⁹ qu'une convention aux termes de laquelle une partie s'engage à acheter à une autre une quantité déterminée de marchandises chaque trimestre, sans prévoir de délai de livraison, ne constitue pas un contrat à terme strict au sens des art. 108 ch. 3 et 190 al. 1 CO.

⁹³ Il s'agit d'une renonciation à l'exécution et non, comme le mentionne le texte allemand de la note marginale de cette disposition, une résolution du contrat.

⁹⁵ Sur le terme de livraison de l'art. 190 al. 1 CO, voir Cavin, *loc. cit.*, p. 43 s. ; Keppler, *loc. cit.*, p. 11 ss. ; Bär, *loc. cit.*, p. 55 s., 60 ; Becker, *loc. cit.*, Art. 190 N° 4 et 6 ; Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 190 N° 10-11 ; Comment, *loc. cit.*, p. 92 s. Voir également Giger, *loc. cit.*, Art. 190 N° 4 qui admet qu'il ne s'agit pas d'une présomption mais d'une fiction.

⁹⁶ ATF 46 (1920) II 164, 166 ; ATF 49 (1923) II 220, 228 = JT 1924 I p. 19, 27.

⁹⁷ ATF 46 (1920) II 164, 166.

⁹⁸ ATF 49 (1923) II 220, 228 = JT 1924 I p. 19, 27 ; Bär, *loc. cit.*, p. 60.

⁹⁹ TF, SemJud 74 (1952) p. 273.

Enfin, selon le Tribunal fédéral¹⁰⁰ et la doctrine dominante¹⁰¹, la présomption de *Fixgeschäft* peut être détruite en prouvant que la volonté des parties n'était pas de conclure un *Fixgeschäft*, les parties n'ayant pas considéré comme essentiel le terme convenu entre elles ou bien y ayant renoncé en fonction de l'attitude qu'elles ont adoptée par la suite. D'une façon générale, la présomption de *Fixgeschäft* peut être renversée par les circonstances de l'affaire ou la volonté clairement manifestée des parties. Si la présomption est détruite, l'acheteur ne peut se mettre au bénéfice de l'art. 190 al. 1 CO ; il ne peut alors que réclamer l'exécution du contrat et des dommages-intérêts pour cause de retard au sens de l'art. 103 al. 1 CO ; s'il désire des dommages-intérêts pour inexécution (art. 107 al. 2 voie N° 2 CO), il doit fixer un délai supplémentaire à son débiteur et déclarer immédiatement après l'expiration du délai sa volonté de ne pas maintenir le contrat et de réclamer des dommages-intérêts positifs.

Lorsqu'en matière commerciale, la convention fixe un terme de livraison et que le vendeur ne s'est pas exécuté à l'expiration du terme, il tombe ipso jure en demeure qualifiée au sens de l'art. 107 CO. L'art. 190 al. 1 CO présume alors que l'acheteur opte pour la voie N° 2 de l'art. 107 al. 2 CO, c'est-à-dire renonce à l'exécution et demande des dommages-intérêts positifs. Ceci est sans conteste inspiré par des besoins de célérité du commerce et par le souci d'accélérer le déroulement des opérations commerciales et d'assurer la sécurité des relations d'affaires. La déclaration immédiate de renonciation à l'exécution telle que la prévoit l'art. 107 al. 2 CO est alors inutile. Dès que le vendeur ne s'est pas exécuté à la date convenue, l'acheteur est présumé renoncer à l'exécution. Il doit dès lors intenter, dans un délai d'une année en application des art. 99 al. 3 et 60 al. 1 CO¹⁰², son action en dommages-intérêts positifs¹⁰³.

¹⁰⁰ ATF 46 (1920) II 164, 166 ; ATF 49 (1923) II 220, 228 = JT 1924 I p. 19, 27. Voir également Becker, *loc. cit.*, Art. 108 N° 18.

¹⁰¹ Bär, *loc. cit.*, p. 61 ; Keppler, *loc. cit.*, p. 12 s. ; Becker, *loc. cit.*, Art. 190 N° 6 s. ; Öser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 190 N° 11 ; Cavin, *loc. cit.*, p. 44 ; *contra* : Comment, *loc. cit.*, p. 93, admet que le terme de l'art. 190 CO diffère totalement de celui de l'art. 108 ch. 3 CO. Dans la vente commerciale, dès que le contrat comporte un terme de livraison, il y a *Fixgeschäft* même s'il n'y a pas contrat à échéance de rigueur. La présomption ne peut être dès lors détruite.

¹⁰² Spiro, *loc. cit.*, p. 688 ss. ; Schönle, *loc. cit.*, p. 477 ; voir *supra*, p. 27 s. Le délai de prescription court à partir de la connaissance du dommage, c'est-à-dire dès la demeure du vendeur.

¹⁰³ L'art. 191 CO concerne le calcul des dommages-intérêts dus par le vendeur en demeure. L'al. 1 pose le principe d'une action en dommages-intérêts pour inexécution (dommages-intérêts positifs). L'al. 2 concerne le calcul concret du dommage selon la théorie de la différence, l'acheteur faisant un « achat de couverture ». Enfin, l'al. 3 se réfère au calcul abstrait du dommage selon la théorie de la différence, sans que l'acheteur procède à un achat de couverture. Sur tous ces problèmes, notamment sur les calculs concret et abstrait du dommage, voir Giger, *loc. cit.*, Art. 191 N° 30 ss. ; Cavin, *loc. cit.*, p. 46-51 ; Comment, *loc. cit.*, p. 110 s. ; Lemp, *loc. cit.*, p. 146 ss. ; Barth, *loc. cit.*, p. 142 s. Notons enfin que l'art. 191 CO n'exclut pas le calcul du dommage selon la théorie de l'échange ; que l'al. 3 de la même disposition n'exclut ni le calcul abstrait et concret du dommage selon la théorie de l'échange, ni le calcul

Au lieu de bénéficier de la présomption de renonciation à l'exécution, l'acheteur peut fixer un délai supplémentaire d'exécution à son vendeur. Il doit alors le faire immédiatement après la demeure du vendeur (art. 190 al. 2 CO). A l'expiration du délai de grâce, l'acheteur n'est plus au bénéfice de la présomption de l'art. 190 CO, mais dispose des voies de l'art. 107 al. 2 CO. Il est présumé réclamer l'exécution du contrat et des dommages-intérêts pour cause de retard au sens de l'art. 103 al. 1 CO (art. 107 al. 2 voie N° 1 CO). Mais il peut, au moyen d'une déclaration immédiate, renoncer à l'exécution et réclamer des dommages-intérêts pour inexécution (art. 107 al. 2 voie N° 2 CO) qu'il pourra alors calculer selon l'art. 191 CO ¹⁰⁴).

III. *Le droit de résolution*

L'art. 190 CO ne prévoit pas pour l'acheteur la possibilité de se départir du contrat. L'acheteur est présumé renoncer à l'exécution et réclamer des dommages-intérêts positifs, l'art. 190 al. 2 CO lui accordant néanmoins la possibilité de réclamer l'exécution du contrat. Certains auteurs ¹⁰⁵ en ont ainsi hâtivement conclu qu'en cas de demeure du vendeur dans un contrat de vente commerciale, l'acheteur ne peut que réclamer des dommages-intérêts positifs ou l'exécution du contrat. Il ne peut en aucun cas résoudre le contrat.

Une telle opinion doit être critiquée. Il ne faut en effet pas perdre de vue que les art. 107-109, 190, 214-215 CO sont le résultat déplorable d'une bévue législative ¹⁰⁶.

Dans le Code de 1881, lorsque le vendeur était en demeure, l'acheteur pouvait résoudre le contrat et réclamer des dommages-intérêts positifs. Lors de la révision de 1911, le législateur a introduit le droit pour le créancier de renoncer à l'exécution et de réclamer des dommages-intérêts pour inexécution. En cas de demeure du débiteur du vendeur, la renonciation à l'exécution et les dommages-intérêts positifs ont remplacé la résolution du contrat et les dommages-intérêts positifs ¹⁰⁷. Mais le législateur a omis d'insérer dans le cadre de l'art. 190 al. 2 CO le droit de résolution du créancier assorti d'une action en dommages-intérêts néga-

concret du dommage selon la théorie de la différence ; que le calcul abstrait du dommage est admis même si le dommage concret est inférieur au dommage dit abstrait ; Lemp, *loc. cit.*, p. 180 ; Comment, *loc. cit.*, p. 122, 126 ; ATF 49 (1923) II 77 = JT 1923 I p. 546 ; que le calcul abstrait du dommage est également admis dans les ventes civiles ; Honegger, *loc. cit.*, p. 61 ; Lemp, *loc. cit.*, p. 176.

¹⁰⁴ ATF 51 (1925) II 323 = JT 1926 I p. 150 ; ATF 49 (1923) II 28 = JT 1923 I, p. 370.

¹⁰⁵ Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 190 N° 14 ; Becker, *loc. cit.*, Art. 190 N° 10 ; Voser, *loc. cit.*, p. 97 ; Cavin, *loc. cit.*, p. 44-45.

¹⁰⁶ Voir Giger, *loc. cit.*, Art. 190 N° 33 ss.

¹⁰⁷ Le législateur de 1911 a d'ailleurs malencontreusement laissé la note marginale de l'ancien art. 234 CO « Rücktritt im kaufmännischer Verkehr ».

tifs. Il serait profondément choquant d'admettre un droit de résolution du créancier dans le cadre général de la demeure du débiteur et de l'exclure lorsque, dans une vente commerciale, un terme a été conclu pour la livraison. Ni la volonté du législateur, ni des considérations d'équité n'autorisent une pareille exclusion. Lorsque le vendeur ne s'est pas exécuté au terme convenu, il tombe ipso jure en demeure qualifiée au sens de l'art. 107 al. 2 CO. Dès lors, les trois voies de cette disposition sont ouvertes à l'acheteur. L'art. 190 al. 1 CO ne fait que présumer l'une d'elles (voie N° 2). Mais les deux autres voies de l'art. 107 al. 2 CO peuvent être utilisées par l'acheteur. Celui-ci peut ainsi réclamer l'exécution du contrat (art. 190 al. 2 CO, renvoyant à l'art. 107 al. 2 voie N° 1 CO) ou résoudre le contrat¹⁰⁸.

La résolution du contrat se règle alors selon les art. 107-109 CO. L'acheteur qui désire résoudre le contrat ne doit pas avertir immédiatement le vendeur. L'avis immédiat de l'art. 190 al. 2 CO a uniquement pour but d'informer le vendeur si l'acheteur désire réclamer l'exécution du contrat afin que le débiteur fasse les préparatifs nécessaires. Un tel avis ne se justifie pas pour la résolution du contrat qui exclut l'action en exécution, l'acheteur ne pouvant dès lors spéculer au détriment du vendeur.

La fixation du délai supplémentaire au sens de l'art. 107 al. 1 CO n'est pas nécessaire, le terme de livraison étant présumé *Fixgeschäft* dans la vente commerciale¹⁰⁹.

L'acheteur doit réfuter la deuxième des deux présomptions légales de l'art. 190 al. 1 CO (l'acheteur est présumé renoncer à l'exécution et réclamer des dommages-intérêts positifs). Dans le délai d'une année dès la demeure du débiteur, l'acheteur, au lieu de réclamer des dommages-intérêts positifs, doit alors adresser au vendeur une déclaration de volonté par laquelle il résout le contrat¹¹⁰. Les effets de la résolution se règlent selon l'art. 109 CO. L'acheteur a une action en remboursement du prix payé (art. 109 al. 1 CO, art. 62 al. 1, al. 2, 3^e hypothèse CO) qui se prescrit par une année à partir de la déclaration de résolution (art. 67 CO)¹¹¹. En cas de faute du vendeur, il dispose d'une action en dommages-intérêts négatifs en application de l'art. 109 al. 2 CO. Cette action se prescrit par une année à partir de la déclaration de résolution selon les art. 99 al. 3 CO et 60 al. 1 CO.

¹⁰⁸ Comment, *loc. cit.*, p. 44 ; Bär, *loc. cit.*, p. 53 ; Lemp, *loc. cit.*, p. 73 ; Guhl, Rücktritt..., *loc. cit.*, p. 136 ; Keppler, *loc. cit.*, p. 46 ; Honegger, *loc. cit.*, p. 61 ; voir ATF 41 (1915) II 672, 679 ; Giger, *loc. cit.*, Art. 190 N° 35.

¹⁰⁹ Voir Lemp, *loc. cit.*, p. 74.

¹¹⁰ En application des art. 99 al. 3 et 60 al. 1 CO, voir Spiro, *loc. cit.*, p. 688 ss. ; voir *supra*, p. 79. Giger, *loc. cit.*, Art. 190 N° 43 et Keppler, *loc. cit.*, p. 46, affirment que la résolution doit être déclarée dans un délai raisonnable.

¹¹¹ Voir *supra*, p. 27 ss.

En résumé, lorsque le vendeur se trouve en demeure de débiteur, l'acheteur peut exercer son droit de résolution aux conditions suivantes :

1. — Dans la vente civile, l'acheteur doit fixer un délai supplémentaire d'exécution à son vendeur, sauf si la convention comporte un *Fixgeschäft*. Immédiatement après l'expiration du délai de grâce (ou dès la mise en demeure en présence d'un *Fixgeschäft*), l'acheteur doit déclarer sa volonté de ne pas réclamer l'exécution du contrat. Il dispose alors d'une année pour opter entre les dommages-intérêts positifs (art. 107 al. 2 voie N° 2 CO) et la résolution du contrat (art. 107 al. 2 voie N° 3 CO). L'acheteur se départ du contrat par une déclaration de volonté sujette à réception. Il a alors le droit de réclamer pendant une année, depuis cette déclaration de résolution, la restitution du prix (art. 109 al. 1, art. 67 CO) et la réparation de son intérêt négatif (art. 109 al. 2, art. 99 al. 3 et 60 al. 1 CO).

2. — Dans la vente commerciale, si la convention ne prévoit pas de terme de livraison, l'acheteur doit mettre son vendeur en demeure, lui fixer un délai supplémentaire et procéder comme dans la vente civile. Lorsque le contrat contient un terme de livraison, l'acheteur est présumé, à l'expiration du terme, renoncer à l'exécution et peut, dans le délai d'une année, réclamer des dommages-intérêts positifs. S'il désire résoudre le contrat, il doit, dans le délai d'une année, adresser au vendeur une déclaration unilatérale de résolution (art. 107 al. 2 voie N° 3 CO). Il dispose alors d'une année depuis la déclaration de résolution, pour réclamer la restitution du prix (art. 109 al. 1 CO, art. 67 CO) et de dommages-intérêts négatifs (art. 109 al. 2, art. 99 al. 3, 60 al. 1 CO)

CHAPITRE III

LA RÉOLUTION ET LA DEMEURE DE L'ACHETEUR

A LA RÉOLUTION DU CONTRAT

Lorsque l'acheteur est en demeure de payer le prix¹, la situation juridique est réglée, dans le droit de la vente, par l'art. 214 CO. Cette disposition apparaît comme une *lex specialis* par rapport aux règles générales sur la demeure. L'art. 214 CO instaure une réglementation différente pour les ventes au comptant ou à paiement préalable (art. 214 al. 1 et 2 CO) et pour les ventes à crédit (art. 214 al. 3 CO). Le critère de distinction est l'ordre dans lequel se succèdent les deux prestations. L'art. 214 CO s'applique ainsi aux ventes civiles et commerciales².

I. *Les ventes au comptant ou à paiement préalable*

1. — Les conditions de la résolution

Lorsque l'acheteur est en demeure de payer le prix, l'art. 214 CO autorise le vendeur à se départir du contrat pour inexécution des obligations de son débiteur. Le droit de résolution³ du vendeur suppose la réalisation des conditions suivantes :

- (a) il doit s'agir d'une vente au comptant ou à paiements préalables (*praenumerando*)⁴ ;
- (b) l'acheteur doit être mis en demeure de payer le prix. La demeure s'apprécie selon l'art. 102 CO, qui exige la réalisation de deux condi-

¹ Sur la demeure de l'acheteur d'accepter la chose régulièrement offerte, voir *supra*, p. 64 ss.

² Lemp, *loc. cit.*, p. 75 ; Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 214 N° 1 ; Giger, *loc. cit.*, Art. 214 N° 6.

³ Sur l'opinion de Cavin, *loc. cit.*, p. 53 qui admet que l'art. 214 CO instaure non pas un droit de résolution du contrat, mais un droit de renonciation à l'exécution, cf. *infra*, p. 92.

⁴ Sur la résolution dans les ventes à crédit, voir *infra*, p. 91 ss.

tions : la créance doit être exigible et l'acheteur doit être en retard dans l'exécution de son obligation ⁵. Le vendeur doit interpellier son débiteur, sauf si un terme a été convenu pour l'exécution (art. 102 al. 2 CO) ⁶ ;

- (c) le vendeur doit faire une déclaration ⁷ immédiate de résolution du contrat. Cet avis immédiat est exigé, car, s'agissant d'une créance d'argent, on pourrait penser que le vendeur accepterait une exécution tardive de son débiteur. Le caractère immédiat de la résolution doit être considéré d'un point de vue pratique. La déclaration doit intervenir aussi rapidement que possible selon la marche habituelle des affaires et les circonstances particulières du cas ⁸.

L'art. 214 al. 1 et 2 CO, dérogeant à l'art. 107 al. 2 voie N° 3 CO, n'impose pas, au vendeur qui désire résoudre le contrat, l'obligation de fixer un délai supplémentaire (art. 107 al. 1 CO) à son débiteur. Dans le cadre de cette disposition, il n'y a pas, comme dans l'art. 190 al. 1 CO, présomption de *Fixgeschäft* ⁹ ; il y a tout simplement le droit de résoudre le contrat dès la mise en demeure au sens de l'art. 102 CO, sans fixation d'un délai de grâce. L'art. 214 CO répond à un besoin effectif de liquidation rapide des transactions, le vendeur — notamment dans la vente commerciale — ne pouvant se permettre d'attendre une hypothétique exécution du débiteur et de garder à disposition de ce dernier la chose vendue.

Lorsque le vendeur omet de faire une déclaration immédiate de résolution, soit par négligence, soit consciemment, voulant ainsi donner une chance d'exécution à son acheteur, il perd le bénéfice de l'art. 214 CO. Il ne peut alors que réclamer l'exécution du contrat et des intérêts moratoires au sens de l'art. 104 CO ¹⁰. Il peut également fixer à son acheteur un délai supplémentaire d'exécution au sens de l'art. 107 al. 1 CO et résoudre le contrat à l'expiration du délai conformément à l'art. 107. al. 2 voie N° 3 CO ¹¹. Le vendeur doit alors après l'expiration du délai faire une déclaration immédiate de renonciation à l'exécution, ayant ensuite une année pour déclarer la résolution du contrat ¹².

⁵ Voir *supra*, p. 59 ss.

⁶ Voir *supra*, p. 71.

⁷ Voir *supra*, p. 76 ss.

⁸ ATF 96 (1970) II 47 = JT 1971 I p. 525 (rés.) ; ATF 69 (1943) II 245 cons. 5 = JT 1944 I p. 141 cons. 5. Une déclaration d'option intervenant plus de deux semaines après l'écoulement du délai de paiement est tardive, SJZ 13 (1916/17) p. 165 N° 38. Si l'acheteur est inconnu ou absent, on ne peut opposer au vendeur l'omission de la déclaration immédiate, Becker, *loc. cit.*, Art. 214 N° 6.

⁹ Voir *supra*, p. 82 ss.

¹⁰ et la réparation du dommage supplémentaire en cas de faute de l'acheteur, art. 106 al. 1 CO.

¹¹ Voir ATF 86 (1960) II 221 = JT 1961 I p. 203 ; Giger, *loc. cit.*, Art. 214 N° 14.

¹² Voir *supra*, p. 79. Le créancier peut, bien entendu, faire déclarer la résolution immédiatement à l'expiration du délai.

2. — Les effets de la résolution

- (a) Lorsque le contrat est résolu selon l'art. 214 CO — ou selon l'art. 107 al. 2 CO si le vendeur fixe un délai supplémentaire à son débiteur —, les prestations effectuées doivent être restituées¹³. Lorsque le vendeur a déjà remis la chose à l'acheteur, ce qui est néanmoins relativement rare quand il s'agit d'une vente au comptant, il dispose contre son débiteur d'une action en retransmission de la propriété mobilière ou immobilière¹⁴. Cette action se prescrit par une année depuis la déclaration de résolution, selon l'art. 67 CO.
- (b) Le vendeur, qui résout le contrat selon l'art. 214 CO, peut en cas de faute de l'acheteur, réclamer des dommages-intérêts. Il ne peut s'agir à ce stade que d'une action en réparation de l'intérêt négatif au contrat. L'acheteur qui résout le contrat ne peut réclamer des dommages-intérêts positifs, ceux-ci ne pouvant se baser que sur un contrat valable et maintenu¹⁵. L'action en dommages-intérêts négatifs du vendeur, à la suite de la résolution du contrat selon l'art. 214 al. 1 et 2 CO ne peut ainsi se baser que sur l'art. 109 al. 2 CO, et non sur l'art. 215 CO qui vise à la réparation de l'intérêt positif. Nous avons déjà mentionné¹⁶ la totale indépendance qui existe entre les art. 214 et 215 CO, ces deux dispositions ne pouvant pas être cumulativement applicables. C'est le résultat déplorable d'une bétise législative, le législateur de 1911 n'ayant pas harmonisé la demeure dans le droit de la vente avec les dispositions générales sur la demeure du débiteur (art. 107-109 CO). Le cumul des dommages-intérêts positifs et de la résolution, tel qu'il existait dans l'ancien code, a été expressément abandonné lors de la révision de 1911, le législateur ayant introduit, à l'instar du droit allemand, une nouvelle voie en cas de demeure du débiteur : la renonciation à l'exécution et les dommages-intérêts pour inexécution¹⁷.

La discordance entre les art. 214-215/107-109 CO a amené les tribunaux à rendre de surprenants considérants¹⁸. On doit admettre qu'il n'y a aucun rapport entre les art. 214 et 215 CO, et que le vendeur qui résout le contrat selon l'art. 214 CO ne peut que réclamer

¹³ Cf. *supra*, I^{re} partie, chap. III.

¹⁴ Voir *supra*, p. 25 ss.

¹⁵ Voir *supra*, p. 39 s.

¹⁶ Voir *supra*, p. 42.

¹⁷ Voir *supra*, p. 44.

¹⁸ Voir HG, BE, ZBJV 39 (1913), 295, qui admet le cumul de la résolution et des dommages-intérêts positifs (résolution du contrat selon l'art. 214 CO et dommages-intérêts positifs selon l'art. 215 CO). Voir ATF 49 (1923) II 28, 34 = JT 1923 I p. 370, 375, où le Tribunal fédéral parle de « rapport étroit » entre l'art. 214 CO et l'art. 215 CO. Notre Cour suprême tourne toutefois la difficulté en admettant que, dans le cas jugé, le vendeur n'a pas voulu résoudre le contrat, mais renoncer à l'exécution.

des dommages-intérêts négatifs sur la base de l'art. 109 al. 2 CO ¹⁹. Cette action se prescrit par une année depuis la déclaration de résolution selon les art. 99 al. 3 CO et 60 al. 1 CO.

II. Les ventes à crédit

Lorsque l'acheteur a été mis en possession de la chose avant d'en avoir payé le prix, l'art. 214 al. 3 CO supprime le droit de résolution du vendeur si l'acquéreur est en demeure de payer le prix. Le vendeur ne peut que réclamer l'exécution du contrat, des intérêts moratoires au sens de l'art. 104 CO, ainsi que la réparation du dommage supplémentaire en cas de faute de l'acheteur (art. 106 al. 1 CO) ²⁰.

La loi permet toutefois au vendeur de résoudre le contrat dans la mesure où il s'en est expressément réservé le droit, c'est-à-dire lorsque la convention contient une clause résolutoire. Il y a, dans ce cas, réputation de la présomption de l'art. 154 al. 2 CO, selon laquelle la condition résolutoire est une condition de résiliation et non de résolution.

Cependant, dans l'hypothèse où l'acheteur est en faillite, ce droit de résolution est exclu même en présence d'une clause résolutoire (art. 212 LP) ²¹.

D'après le Tribunal fédéral ²², le pacte de réserve de propriété implique le droit, pour le vendeur, de se départir unilatéralement du contrat, même si la réserve n'a pas été inscrite, ou a été inscrite auprès d'un office incompétent. Le pacte de réserve de propriété introduit en vue de procurer à celui qui aliène un objet mobilier et en transfère la possession un moyen de se procurer une garantie pour le paiement du prix, doit en principe être inscrit au domicile de l'acheteur dans un registre public tenu par l'office des poursuites. La réserve de propriété empêche la naissance de l'effet réel ; la différence essentielle entre la réserve prévue à l'art. 214 al. 3 CO, qui est un droit personnel et la réserve de propriété selon l'art. 715 CCS consiste dans le fait que la réserve de propriété apparaît comme une condition suspensive alors que la réserve prévue à l'art. 214 al. 3 CO est une condition résolutoire de la vente qui n'empêche pas la propriété de passer à l'acquéreur.

Toutefois, la clause résolutoire ou le pacte de réserve de propriété contenu dans une convention ne permet pas au vendeur de résoudre le contrat dès la mise en demeure. Le droit de résolution que lui accorde la loi doit être exercé selon l'art. 107 al. 2 voie N° 3 CO ²³. Le vendeur doit

¹⁹ Giger, *loc. cit.*, Art. 214 N° 6 ; Lemp, *loc. cit.*, p. 75 ; Honegger, *loc. cit.*, p. 63 ; Voser, *loc. cit.*, p. 99 ; Schweizer, *loc. cit.*, p. 101 ; Comment, *loc. cit.*, p. 129, 154 ; Keller, *loc. cit.*, p. 206 ; *contra* : Becker, *loc. cit.*, Art. 215 N° 4 ; Simonius, *loc. cit.*, p. 263.

²⁰ Pour la vente à tempérament (notamment la vente par acomptes), cf. art. 226 lit. a-m CO.

²¹ ATF 58 (1932) II 347 = JT 1933 I p. 402.

²² ATF 90 (1964) II 285 = JT 1965 I p. 130.

²³ ATF 90 (1964) II 285 = JT 1965 I p. 130 ; SJZ 49 (1954) p. 241.

ainsi fixer un délai supplémentaire à son acheteur et déclarer la résolution du contrat ou la renonciation à l'exécution immédiatement après l'expiration du délai.

Une fois le contrat résolu, le vendeur dispose alors d'une action en restitution de la chose vendue. Si le contrat contient une clause résolutoire, il s'agit alors d'une action en retransmission de la propriété (art. 119 al. 1, confirmant l'art. 62 al. 1, al. 2, 3^e hypothèse), qui se prescrit par une année à partir de la déclaration de résolution. Si le contrat contient un pacte de réserve de propriété (art. 715 CCS), le vendeur dispose non seulement d'une action personnelle découlant de la résolution du contrat (action en enrichissement illégitime prescrite selon l'art. 67 CO), mais également d'une action réelle issue du droit de propriété du vendeur. Le vendeur étant propriétaire de la chose vendue, il s'agit d'une action en revendication²⁴ (art. 641 al. 2 CCS) qui présente l'avantage d'être imprescriptible.

B L'ACTION DU VENDEUR EN DOMMAGES-INTÉRÊTS POUR INEXÉCUTION

Le droit de résolution du vendeur selon l'art. 214 CO ne lui donne droit qu'à une prétention en dommages-intérêts négatifs. Le vendeur peut-il réclamer des dommages-intérêts positifs, comme le prévoit l'art. 215 CO ? Le vendeur qui désire ainsi réclamer des dommages-intérêts pour inexécution doit renoncer à l'exécution selon l'art. 107 al. 2 voie N° 2. Nous ne partageons pas l'avis de Cavin²⁵ qui admet que l'art. 214 CO doit être interprété non comme instituant une résolution, même une renonciation à l'exécution. Selon cet auteur, dès la mise en demeure de l'acheteur au sens de l'art. 102 CO, le vendeur peut immédiatement renoncer à l'exécution et réclamer des dommages-intérêts positifs, selon l'art. 215 CO, s'il s'agit d'une vente commerciale. Certes, nous avons déjà mis en valeur l'absence totale de lien entre l'art. 214 CO et l'art. 215 CO. Toutefois, rien ne nous permet de faire une telle interprétation de l'art. 214 CO, où aucune équivoque ne subsiste au sujet des termes de la loi qui parle de « se départir du contrat ».

Si le vendeur désire renoncer à l'exécution, il ne peut le faire que sous les conditions de l'art. 107 al. 2 voie N° 2 CO, c'est-à-dire notamment en fixant un délai supplémentaire, sauf si la convention contient un *Fixgeschäft*²⁶. Le vendeur doit également adresser à son acheteur une déclaration de renonciation à l'exécution immédiatement à l'expiration du délai de grâce.

²⁴ Meier-Hayoz, *loc. cit.*, Art. 641 N° 53 ; von Tuhr-Peter, *loc. cit.*, p. 137.

²⁵ Cavin, *loc. cit.*, p. 53 s.

²⁶ Voir Lemp, *loc. cit.*, p. 78 ; Comment, *loc. cit.*, p. 42 ; Schweizer, *loc. cit.*, p. 102 ; Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 214 N° 3 et 17 ; Keller, *loc. cit.*, p. 206 s. ; ZR 22 (1923) N° 109 ; Giger, *loc. cit.*, Art. 214 N° 42 admet que la rédaction de l'art. 214 CO est trop restrictive et que, dès la mise en demeure, un droit d'option entre résolution et renonciation à l'exécution est ouvert au vendeur.

L'utilité de la fixation d'un délai supplémentaire peut paraître discutable, notamment en matière de commerce, où le législateur a édicté l'art. 215 CO en vue de la liquidation rapide des transactions. C'est la raison pour laquelle certains auteurs²⁷ admettent, dès la mise en demeure de l'acheteur au sens de l'art. 102 CO, le droit d'option entre la résolution du contrat et les dommages-intérêts pour inexécution. Le vendeur qui désire opter pour cette deuxième possibilité est dispensé de fixer un délai supplémentaire d'exécution à son débiteur.

Néanmoins, la fixation du délai de grâce est tout à fait compréhensible. En effet, si le vendeur renonce à l'exécution, c'est sans conteste pour réclamer des dommages-intérêts positifs à son débiteur. Or, ces dommages-intérêts, notamment quand ils sont calculés selon l'art. 215 CO, sont préjudiciables à l'acheteur, le vendeur réclamant beaucoup plus que le prix convenu. Ainsi, on peut très bien comprendre que le vendeur doive laisser une dernière chance à l'acheteur afin de lui éviter les conséquences désastreuses de la non-exécution du contrat. Ce problème se pose avec moins d'acuité pour la résolution du contrat, l'acheteur se bornant à restituer au vendeur la chose vendue et à lui réparer son intérêt négatif.

Le vendeur qui renonce à l'exécution doit réclamer des dommages-intérêts positifs dans le délai d'une année à partir de la déclaration de renonciation à l'exécution²⁸. Ces dommages-intérêts pour inexécution sont calculés sur la base de l'art. 215 CO quand il s'agit d'une vente commerciale²⁹.

Lorsqu'il s'agit d'une vente civile, le vendeur ne peut en principe pas procéder selon l'art. 215 CO, mais uniquement selon l'art. 107 al. 2 voie N° 2 CO. Aux termes de cette disposition, les dommages-intérêts du créancier doivent être calculés selon la théorie de l'échange (... réclamer des dommages-intérêts pour inexécution OU se départir du contrat)³⁰. Toutefois, comme nous l'avons déjà remarqué³¹, une telle situation est contraire aux intérêts du vendeur, celui-ci devant garder la chose vendue à disposition d'un acheteur qui ne veut pas ou ne peut pas payer le prix. Le créancier doit pouvoir être pleinement indemnisé sans devoir effectuer sa propre prestation.

Le Tribunal fédéral n'a en réalité jamais dit expressément que la théorie de la différence pouvait s'appliquer lors du calcul du dommage dans les ventes non commerciales. On ne peut en effet déduire une telle conclusion de l'arrêt Renold c. AG für internationalen Warenhandel³², où notre Cour suprême a admis que, dans la vente commerciale, le vendeur, pour pouvoir réclamer à son acheteur en demeure des dommages-intérêts

²⁷ Giger, idem ; Guhl, Rücktritt..., p. 137 ; Keppler, *loc. cit.*, p. 48 s.

²⁸ Voir Spiro, *loc. cit.*, p. 688 ss. ; Schönle, *loc. cit.*, p. 477 ; voir *supra*, p. 00 ss.

²⁹ Sur l'application de l'art. 215 CO, voir Comment, *loc. cit.*, p. 126 ss. ; *loc. cit.*, p. 146 s.

³⁰ *Contra* : Lemp, *loc. cit.*, p. 58.

³¹ Voir *supra*, p. 43 s.

³² ATF 49 (1923) II 28 = JT 1923 I p. 370.

calculés selon la théorie de la différence (art. 215 CO) n'était pas obligé de partir sur l'art. 214 CO, mais pouvait renoncer à l'exécution selon l'art. 107 al. 2 voie N° 2 CO (en réalité, nous admettons que le vendeur qui désire réclamer la réparation de son intérêt positif selon l'art. 215 CO doit nécessairement renoncer à l'exécution selon l'art. 107 al. 2 voie N° 2 CO).

Par contre, dans l'arrêt Noba S.A. c. AG für chemische Produkte³³, le Tribunal fédéral a admis que la théorie de la différence s'applique non seulement aux hypothèses prévues par les art. 191 al. 2 et 3 CO et 215 al. 1 et 2 CO, mais également à tous les cas de ventes commerciales dont ces articles n'envisagent que certaines éventualités. L'instance suprême helvétique a simplement dit, dans cet arrêt, que le vendeur qui veut réclamer des dommages-intérêts positifs selon l'art. 215 CO peut renoncer à l'exécution selon l'art. 107 al. 2 voie N° 2 CO et que, ce faisant, il a même la possibilité de réclamer des dommages-intérêts positifs selon l'art. 107 al. 2 voie N° 2, sans passer par l'art. 215 CO, ces dommages-intérêts étant alors calculés selon la théorie de la différence. De là à en déduire que le Tribunal fédéral admet la théorie de la différence dans le cadre de l'art. 107 al. 2 CO pour les ventes civiles, il n'y a qu'un pas que la doctrine a allègrement franchi. Il reste néanmoins vrai que si notre Cour suprême ne s'est pas opposée à cette généralisation, elle a toutefois laissé la question ouverte.

Néanmoins, tant les Cours cantonales³⁴ que la majorité de la doctrine³⁵ admettent l'application de la théorie de la différence pour le calcul des dommages-intérêts positifs dans la vente civile. On doit ainsi admettre un droit coutumier permettant le calcul du dommage selon la théorie de la différence au cas où le vendeur ne s'est pas exécuté.

Une telle solution est commandée par un souci d'équité et de liquidation des transactions. Nous avons vu³⁷ qu'en cas de demeure de l'acheteur dans une vente civile, il y a deux moyens d'indemniser complètement le vendeur : lui permettre de résoudre le contrat tout en réclamant des dommages-intérêts positifs ou bien calculer les dommages-intérêts pour inexécution selon la théorie de la différence. Nous nous sommes énergiquement élevé contre le premier moyen qui conduit à des contradictions inadmissibles. Dès lors, comme le dit fort justement Secrétan³⁸,

³³ ATF 65 (1939) II 171 = JT 1940 I p. 150 = SemJud 62 (1940) p. 431.

³⁴ AG BS, SJZ 51 (1955), p. 74 ; AG TI Rep. 94 (1961) p. 100 ; OG ZH, SJZ 37 (1940/41) p. 43 N° 27, OG ZR 36 (1937) N° 190 ; AG BE, ZBJV (1943) p. 268.

³⁵ Voir Tandogan, Travaux..., *loc. cit.*, p. 122 ss. ; Secrétan, *loc. cit.*, p. 96 ; Comment, *loc. cit.*, p. 113 ; von Büren I, *loc. cit.*, p. 376 ; Yung, *loc. cit.*, p. 326 ; Lemp, *loc. cit.*, p. 44, 58 ; Guhl, Rücktritt, *loc. cit.*, p. 144 ss. ; Cavin, *loc. cit.*, p. 58 ; Bosshardt, *loc. cit.*, p. 81 ss. ; Guhl-Merz-Kummer, *loc. cit.*, p. 229 ; Cuendet, *loc. cit.*, p. 53 ; Engel, *loc. cit.*, p. 494 ; Barth, *loc. cit.*, p. 100 ss. ; Giger, *loc. cit.*, Art. 191 N° 19 ; Gauch, Schluep, Tercier N° 1488.

³⁷ Voir *supra*, p. 42.

³⁸ Secrétan, *loc. cit.*, p. 46.

« pourquoi dans la vente civile seule — et encore uniquement en cas de demeure de l'acheteur —, le créancier devrait-il, pour recevoir pleine indemnité, tenir à la disposition de l'acheteur une chose dont celui-ci ne veut plus ? Et pourquoi l'acquéreur serait-il forcé de s'embarrasser d'un objet dont il n'a peut-être plus besoin et d'en payer le prix intégral, alors qu'il serait souvent disposé à payer une indemnité de moindre montant ? On voit bien que la doctrine de la différence est, en effet, celle du bon sens » ³⁹.

Certains auteurs ⁴⁰ refusent l'application de la théorie de la différence aux ventes civiles. Oser-Schönenberger ⁴¹ et Jost ⁴² font remarquer que l'application de la théorie de la différence aboutit au cumul des dommages-intérêts positifs et de la résolution, solution que le législateur a expressément abandonné en 1911. Ces auteurs méconnaissent le principe même de la résolution ; dans le cadre d'une action en dommages-intérêts pour inexécution, le contrat n'est pas résolu, mais reste valable et maintenu. Il ne s'agit que d'un mode de calcul pour l'indemnisation du dommage que le créancier a subi du fait de l'inexécution ⁴³.

On pourrait admettre que l'application de la théorie de la différence permet au vendeur de réaliser un double profit sur la même marchandise puisque, n'étant pas obligé de la tenir à la disposition de l'acheteur, il peut la revendre une seconde fois. Cette objection, qui ne se conçoit que dans le cadre de l'art. 215 al. 2 CO (calcul abstrait du dommage) n'est pas pertinente. En effet, comme l'admet le Tribunal fédéral ⁴⁴, « il n'y a rien de choquant à cela, du moins lorsque la vente porte sur une marchandise que le vendeur possède déjà en quantité suffisante pour satis-

³⁹ Pour certains auteurs, Bosshardt, *loc. cit.*, p. 82 ; Tandogan, Travaux..., *loc. cit.*, p. 123 ; Cuendet, *loc. cit.*, p. 54 note 329 ; Lemp, *loc. cit.*, p. 56, l'application de la théorie de l'échange est difficilement envisageable pour les contrats de longue durée, p. ex. dans le bail, le bailleur devant pour pouvoir réclamer des dommages-intérêts positifs, tenir la chose louée à la disposition du locataire jusqu'à l'expiration du temps pour lequel le bail a été conclu.

⁴⁰ Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 107 N° 23 ; Becker, *loc. cit.*, Art. 97 N° 51 qui admet une dérogation pour l'application de la théorie de la différence si les règles de la bonne foi le commandent ; von Tuhr-Escher, *loc. cit.*, p. 105 ; von Tuhr in SJZ 18 (1921/22), p. 367 avait cependant admis la possibilité d'un achat de couverture dans les ventes non commerciales ; Martin, ZSR..., *loc. cit.*, p. 109 ; Keller, *loc. cit.*, p. 184 ; Voser, *loc. cit.*, p. 72 ; Jost, *loc. cit.*, p. 235 ss.

⁴¹ Idem.

⁴² Idem ; Jost, à l'appui de sa thèse, cite Secrétan, *loc. cit.*, p. 34 ss. et Bosshardt, *loc. cit.*, p. 81 s. ; à tort, car ces auteurs admettent qu'il y a deux moyens pour pallier l'inconvénient qui empêche le vendeur d'être pleinement indemnisé sans exécuter sa prestation : la résolution et les dommages-intérêts positifs ou bien les dommages-intérêts pour inexécution calculés selon la théorie de la différence ; mais ces auteurs distinguent clairement ces deux moyens et ne les confondent pas.

⁴³ Lemp, *loc. cit.*, p. 51 s. ; Guhl, Rücktritt..., *loc. cit.*, p. 144 ss. ; Secrétan, *loc. cit.*, p. 45 s. ; Cuendet, *loc. cit.*, p. 53 ; Tandogan, Travaux..., *loc. cit.*, p. 124.

⁴⁴ ATF 65 (1939) II 171, 175 ; Cour de Justice, Genève, SemJud 87 (1965) p. 177.

faire à la fois à ses obligations envers l'acheteur et à celles qui résulteraient de marchés passés simultanément avec d'autres acheteurs... ». Même lorsqu'il ne s'agit pas de marchandises remplaçables, l'exclusion de l'application de la théorie de la différence ne s'impose pas, le juge devant tenir compte des circonstances pour fixer le montant des dommages-intérêts et pouvant ainsi empêcher le créancier de tirer un double bénéfice sur la même marchandise ⁴⁵.

⁴⁵ Tandogan, Travaux..., *loc. cit.*, p. 124.

CHAPITRE IV

LA RÉOLUTION DU CONTRAT ET LES AUTRES CAS D'INEXÉCUTION DES OBLIGATIONS CONTRACTUELLES

Dans la théorie générale de l'inexécution des obligations contractuelles, le législateur n'a prévu un droit de résolution du contrat que pour la demeure du débiteur (art. 107-109 CO). Notre propos est d'envisager si le créancier peut résoudre le contrat de vente pour d'autres cas d'inexécution des obligations conventionnelles, et notamment en cas d'impossibilité d'exécution et d'exécution imparfaite.

A L'IMPOSSIBILITÉ D'EXÉCUTION

L'art. 97 al. 1 CO énonce que « *lorsque le créancier ne peut obtenir l'exécution de l'obligation ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement, le débiteur est tenu de réparer le dommage en résultant, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable* ». Ainsi, en cas d'impossibilité subséquente fautive², cette disposition prévoit que le créancier réclame des dommages-intérêts pour inexécution (en lieu et place de l'exécution). La sanction consistant en l'espèce en des dommages-intérêts qui se substituent à l'exécution en nature, la créance se transforme alors en une créance en dommages-intérêts. Ainsi, un vendeur vend sa voiture à un acheteur le 1^{er} octobre ; le 2 octobre, alors que le vendeur apporte le véhicule au domicile de l'acquéreur, il provoque fautivement un accident

¹ En cas d'impossibilité initiale objective d'exécution, le contrat est nul (art. 20 CO), la faute n'intervenant alors que comme culpa in contrahendo pour une action en dommages-intérêts négatifs. Sur l'impossibilité initiale subjective non fautive d'exécution, voir *infra*, p. 217 ss.

² Il s'agit des cas d'impossibilité subséquente fautive, qu'elle soit objective ou subjective. Von Büren I, *loc. cit.*, p. 390, et Schönle, *loc. cit.*, p. 469 ne réservent l'application de l'art. 97 CO qu'à l'impossibilité subséquente objective et fautive d'exécution. L'impossibilité subséquente subjective d'exécution est réglée, selon ces auteurs, par les art. 102 ss. CO, l'incapacité subjective d'exécuter sa prestation étant un cas de demeure du débiteur. Voir *supra*, p. 61 s.

de la circulation dans lequel la chose vendue est complètement détruite. Le vendeur doit alors réparer l'intérêt positif de l'acheteur, c'est-à-dire qu'il doit le replacer dans la situation dans laquelle il serait si le contrat avait été fidèlement exécuté³. La controverse entre les théories de l'échange et de la différence pour le calcul des dommages-intérêts positifs dus à l'acheteur ne présente à ce stade que peu d'intérêt. En effet, l'acheteur pourra compenser sa prestation en argent avec l'indemnité qu'il reçoit du vendeur fautif en lieu et place de l'exécution.

Quelle est la situation juridique si l'acheteur désire résoudre le contrat et réclamer des dommages-intérêts négatifs ? En cas d'impossibilité fautive d'exécution, l'art. 97 al. 1 CO ne prévoit qu'une action en dommages-intérêts positifs. Certains auteurs⁴ en ont hâtivement déduit que le créancier ne pouvait résoudre le contrat en cas d'impossibilité de la prestation due par suite d'une faute du débiteur. Selon cette partie de la doctrine, le § 325 BGB du droit allemand accorde au créancier, en cas d'impossibilité fautive du débiteur, un droit d'option entre les dommages-intérêts positifs et la résolution du contrat. Or, le législateur suisse, lors de la révision de 1911, n'a pas ignoré les dispositions du BGB. S'il ne s'y est pas rallié, c'est qu'il a délibérément voulu écarter dans ce cadre le droit de résolution du créancier.

Une telle interprétation ne saurait nous convaincre. Tout d'abord, l'interprétation du Code des obligations doit se faire en tenant compte du système général suisse et de sa propre structure, et non en s'inspirant du BGB⁵ ; il existe de nombreuses divergences sur la solution à certains cas d'inexécution des obligations entre le droit suisse et le droit allemand et le Code des obligations suisse, aussi inspiré soit-il du droit allemand, n'a pas été édicté sur le modèle du BGB⁶.

Ensuite, comme l'écrit judicieusement Tandogan⁷, on n'a pas introduit dans le Code des obligations une disposition analogue au § 325 BGB parce que l'impossibilité fautive n'est pas mentionnée dans le Code des obligations comme une cause particulière de responsabilité. D'ailleurs, plusieurs dispositions de la partie spéciale prévoient un droit de résolution (ou de résiliation) du créancier pour cause d'impossibilité de la prestation provenant d'une faute du débiteur (art. 254 al. 2, 255 al. 1 CO pour le bail, art. 309 al. 2 CO pour le prêt à usage, art. 366 al. 1 CO pour le contrat d'entreprise).

³ Sur l'impossibilité fautive d'exécution et les dommages-intérêts pour inexécution, voir surtout Barth, *loc. cit.*, *passim*. Voir également von Tuhr-Escher, *loc. cit.*, p. 93 ss. ; Engel, *loc. cit.*, p. 475 ss. ; Cuendet, *loc. cit.*, p. 38 ss. ; Tandogan, Travaux..., *loc. cit.*, p. 105-108, 120-124.

⁴ von Tuhr-Escher, *loc. cit.*, p. 105 ; Becker, *loc. cit.*, Art. 97 N° 7 ; Barth, *loc. cit.*, p. 17 s.

⁵ Schwarz, *loc. cit.*, p. 792 ss. ; Tandogan, Travaux..., *loc. cit.*, p. 125.

⁶ Ainsi, le droit allemand ne prévoit pas une action en dommages-intérêts négatifs à côté d'une résolution du contrat.

⁷ Tandogan, Travaux..., *loc. cit.*, p. 125.

Enfin, aucune raison logique, dogmatique ou pratique, ne nécessite une exclusion du droit de résolution pour ce cas d'inexécution. On doit ainsi permettre au créancier, à qui le débiteur ne peut plus fournir sa prestation, de résoudre le contrat et réclamer des dommages-intérêts négatifs en cas de faute du débiteur selon les art. 107-109 CO appliqués par analogie à l'impossibilité d'exécution⁸. Il est d'ailleurs significatif de mentionner que même les auteurs qui ont exclu le droit de résolution du créancier en cas d'impossibilité d'exécution l'admettent néanmoins en cas d'exécution imparfaite, pourtant réglée par l'art. 97 al. 1 CO⁹. Les arguments avancés pour exclure la résolution du contrat en cas d'impossibilité devraient logiquement jouer pour l'exécution imparfaite¹⁰. L'acheteur peut ainsi résoudre le contrat dans le délai d'une année à partir de l'impossibilité d'exécution. Il dispose alors d'une année pour réclamer le remboursement du prix payé (art. 109 al. 1 CO, 67 CO) et des dommages-intérêts négatifs (art. 109 al. 2 CO, 99 al. 3 et 60 al. 1 CO).

B L'EXÉCUTION IMPARFAITE

I. Généralités

Il s'agit du cas où le débiteur exécute son obligation, mais sa prestation ne satisfait pas aux conditions prévues dans le contrat ou dans la loi. Il n'y a alors ni impossibilité d'exécution — la prestation étant possible¹¹ —, ni demeure du débiteur¹² — l'obligation ayant été exécutée à temps. *La prestation ne se trouve pas accomplie comme il se devrait relativement à la personne qui l'a effectuée ou à celle qui l'a reçue, quant à l'époque ou au lieu d'exécution ou du point de vue de la quantité ou de la qualité*¹³. L'exécution imparfaite au sens large est sanctionnée par l'art. 97 al. 1 CO, même si le contenu de cette disposition est nébuleux et doit plutôt s'interpréter dans le sens suivant : « lorsque le créancier ne

⁸ Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 97 N° 9 ; Cuendet, *loc. cit.*, p. 54 ; Neuenschwander, *loc. cit.*, p. 96 ; Guhl-Merz-Kummer, *loc. cit.*, p. 221 ; Tandon, Travaux..., *loc. cit.*, p. 125 ; ZBJV 66 (1930) p. 178.

⁹ Von Tuhr-Escher, *loc. cit.*, p. 158 s. ; Becker, *loc. cit.*, Art. 97 N° 9 ; Barth, *loc. cit.*, p. 12.

¹⁰ Sur le sens de cette notion en droit allemand, cf. *infra*, p. 107.

¹¹ Voir *infra*, p. 100 ; la mauvaise exécution peut toutefois se transformer en impossibilité d'exécution, ainsi lorsque la prestation a été effectuée entre les mains d'une personne qui n'avait pas qualité pour la recevoir et si le débiteur ne peut plus fournir ultérieurement la même prestation au créancier. Selon von Büren I, *loc. cit.*, p. 390, et Schönle, *loc. cit.*, p. 469, la mauvaise exécution se transforme alors en une demeure du débiteur.

¹² La mauvaise exécution peut se transformer en une demeure du débiteur, voir *infra*, p. 100.

¹³ Tandon, Travaux..., *loc. cit.*, p. 109.

*peut obtenir l'exécution de l'obligation ou qu'il ne l'a obtenue qu'imparfaitement, le débiteur est tenu de réparer le dommage en résultant... »*¹⁴.

Dans le cadre général de l'exécution imparfaite, on doit distinguer plusieurs cas :

1. — La mauvaise exécution

Nous appelons mauvaise exécution les cas relativement rares d'exécution imparfaite qui ne sont ni des cas d'exécution défectueuse, ni des cas de violation positive du contrat et qui se transforment soit en une impossibilité d'exécution, soit en une demeure du débiteur.

Ainsi, le débiteur doit s'exécuter personnellement si le créancier a intérêt à ce que l'obligation soit exécutée par le débiteur lui-même (art. 68 CO). Si une telle prestation est offerte au créancier par une autre personne que le débiteur, le créancier peut la refuser et la mettre en demeure. Il peut également accepter la prestation faite par le tiers tout en réservant son droit à des dommages-intérêts¹⁵. De même, le créancier n'est pas tenu d'accepter l'exécution partielle de l'obligation, même si un fractionnement de la prestation est possible (art. 69 CO). Il peut alors refuser la prestation partielle et mettre le débiteur en demeure pour la totalité de l'obligation. Il a également la possibilité d'accepter la prestation partielle et de faire valoir ses droits résultant d'une impossibilité ou d'une demeure partielle¹⁶.

2. — La violation positive du contrat

Cette notion est née en Allemagne où le BGB n'avait expressément réglé que l'impossibilité d'exécution et la demeure. La nécessité d'introduire un cas supplémentaire d'inexécution des obligations s'est vite fait sentir, le débiteur pouvant causer un dommage dans l'exécution de son obligation sans pour autant rendre la prestation impossible ou encourir la demeure. C'est ce que les juristes allemands, sous l'impulsion de Staub¹⁷, ont intitulé les « positive Vertragsverletzungen ». La terminologie, si maladroite soit-elle, fait néanmoins apparaître l'idée que le débiteur contrevient à son obligation par un acte d'exécution, par une attitude positive et non par une attitude négative, comme pour la demeure ou l'impossibilité d'exécution¹⁸. Toutefois, la violation positive du contrat peut résulter d'une omission relative aux devoirs accessoires, aux devoirs

¹⁴ von Tuhr-Escher, *loc. cit.*, p. 107 ; plus nuancé, Tandogan, *Travaux...*, *loc. cit.*, p. 113, note 47.

¹⁵ Tandogan, *Travaux...*, *loc. cit.*, p. 109.

¹⁶ Idem. Sur ces problèmes, voir également Barth, *loc. cit.*, p. 44 ss. ; Becker, *loc. cit.*, Art. 97 N° 23 ; Tandogan, *loc. cit.*, p. 288 ss.

¹⁷ Staub Hermann, *Die positive Vertragsverletzungen*, Berlin 1904.

¹⁸ Cuendet, *loc. cit.*, p. 55 ; Barth, *loc. cit.*, p. 10 ; Tandogan, *Travaux...*, *loc. cit.*, p. 112, qui met en relief le caractère douteux de la terminologie, l'impossibilité d'exécution pouvant également résulter d'un acte positif, ainsi si le débiteur détruit la chose due en la détruisant.

de surveillance ou bien d'un manque de soins nécessaires à la bonne conservation d'une chose ¹⁹.

En Suisse, l'introduction de cette notion dans notre droit peut apparaître inutile, puisque l'art. 97 al. 1 CO embrasse également l'exécution imparfaite ²⁰. Certains auteurs ²¹ ont proposé d'abandonner cette notion et de ne parler que d'exécution imparfaite ou non conforme au contrat. Toutefois, nous estimons préférable de garder, à l'intérieur de l'exécution imparfaite au sens large, la classification que nous opérons, car si toute violation positive du contrat est une exécution imparfaite, toute exécution imparfaite n'est pas forcément une violation positive du contrat ²².

La violation positive du contrat a trouvé un écho favorable auprès du Tribunal fédéral ²³, qui la définit comme « *la violation du devoir général qui incombe à chaque partie contractante de s'abstenir de tout acte pouvant mettre en danger ou compromettre le but du contrat* ». C'est une obligation accessoire ou secondaire de ne pas faire ²⁴. Parmi les cas de violation positive du contrat, on retiendra :

- (a) la livraison d'une chose défectueuse ²⁵ ;
- (b) le dommage causé au créancier par la violation de certains devoirs secondaires qui sont imposés au débiteur, soit par le contrat, soit par les règles de la bonne foi. Ainsi, le débiteur s'exécute à temps, mais expédie les marchandises vendues dans un mauvais emballage, celles-ci arrivant abîmées à destination ²⁶ ;
- (c) le refus d'exécuter exprimé nettement par le débiteur avant l'échéance de l'obligation ²⁷ ;
- (d) les cas où, dans un contrat de vente comportant des livraisons successives, la demeure encourue par le débiteur pour une ou plusieurs livraisons, ou l'exécution défectueuse d'une ou plusieurs livraisons, compromet les suivantes ²⁸. Cette notion est à ne pas confondre avec la demeure partielle, où le débiteur en demeure pour un versement partiel ne l'est pas pour les livraisons suivantes. Dans cette dernière éventualité, le droit de résolution du créancier ne portera que sur les livraisons en retard. Dans le contrat de vente à livraisons successi-

¹⁹ Tandogan, Travaux..., *loc. cit.*, p. 112.

²⁰ von Tuhr-Escher, *loc. cit.*, p. 107 ; Barth, *loc. cit.*, p. 10.

²¹ Tandogan, Travaux..., *loc. cit.*, p. 111.

²² Ainsi, la mauvaise exécution est une exécution imparfaite, mais n'est pas une violation positive du contrat. Voir *supra*, p. 100.

²³ ATF 69 (1943) II 243 = JT 1944 I p. 136.

²⁴ Cuendet, *loc. cit.*, p. 55 ; Barth, *loc. cit.*, p. 10 ; Lemp, *loc. cit.*, p. 9.

²⁵ Voir *infra*, p. 102, 105 ss.

²⁶ Tandogan, Travaux..., *loc. cit.*, p. 111. De même, l'obligation d'assurer la sécurité sur les pistes de ski apparaît comme une obligation accessoire dépendante du contrat conclu entre le skieur et les sociétés exploitantes, TC, VS, RJV 9 (1975) p. 260 ss.

²⁷ Voir à ce sujet Descurtins, *loc. cit.*, p. 62 ss. ; cf. également Lemp, *loc. cit.*, p. 10 ; von Büren I, *loc. cit.*, p. 383 ; *contra* : Tandogan, Travaux..., *loc. cit.*, p. 107, qui assimile cet état de fait à une impossibilité d'exécution.

²⁸ Voir von Tuhr-Escher, *loc. cit.*, p. 158 s.

ves, la demeure ou l'exécution défectueuse d'une ou plusieurs livraisons implique un état d'insécurité préjudiciable au créancier. Celui-ci doit pouvoir se dégager du lien contractuel.

3. — L'exécution défectueuse

C'est une sorte de violation positive du contrat qui est également appelée exécution imparfaite au sens étroit²⁹. Le vendeur livre une chose qui ne présente pas les qualités requises par le contrat ou la loi. On applique dans ce cas les règles concernant la garantie en raison des défauts de la chose (art. 197 ss. CO)³⁰.

II. *Le droit de résolution*

La jurisprudence³¹ et la doctrine³² admettent le droit de résolution du créancier en cas d'exécution imparfaite et plus particulièrement en cas de violations positives du contrat. On appliquera alors les art. 107-109 CO par analogie. On détermine si la demeure encourue pour une (ou plusieurs) livraisons compromet les suivantes. De plus, le créancier-acheteur doit non seulement fixer un délai d'exécution à son débiteur-vendeur, mais également le menacer de résoudre tout le contrat en cas d'inexécution de ce dernier³³. Une telle condition, dérogeant quelque peu au système de l'art. 107 CO tel que nous l'avons posé, doit néanmoins être admise, car, s'agissant d'une vente avec livraisons successives, le débiteur pourrait penser que les prestations effectuées sont parfaites, et non sujettes à répétition.

Une fois le contrat résolu, le vendeur aura une action en retransmission de la propriété pour les prestations qu'il a fournies à l'acheteur ; ce dernier bénéficiera d'une action en remboursement des sommes payées (art. 109 al. 1 CO). Ces actions en restitution se prescrivent par une année (art. 67 CO). Le créancier aura également la possibilité de réclamer des dommages-intérêts négatifs dans le délai d'une année (art. 99 al. 3, art. 60 al. 1 CO), en cas de faute du débiteur.

²⁹ Barth, *loc. cit.*, p. 7 ; Tandogan, *Travaux...*, *loc. cit.*, p. 110.

³⁰ Voir III^e partie, p. 105 ss. La nature juridique de la garantie en raison des défauts de la chose vendue est controversée, certains auteurs refusant de la considérer comme une exécution imparfaite (ou inexécution au sens large) au sens des art. 197 ss. CO. Voir *infra*, p. 107 ss.

³¹ ATF 69 (1943) II 243 = JT 1944 I p. 136.

³² von Büren I, *loc. cit.*, p. 383 ; Barth, *loc. cit.*, p. 12 ; Becker, *loc. cit.*, Art. 97 N° 9 ; von Tuhr-Escher, *loc. cit.*, p. 158 s. ; Tandogan, *Travaux...*, *loc. cit.*, p. 125.

³³ von Tuhr-Escher, *loc. cit.*, p. 160.

TROISIÈME PARTIE

L'ACTION RÉDHIBITOIRE

Chapitre premier

La garantie en raison des défauts de la chose

Chapitre II

La résolution

Chapitre III

Les effets de la résolution

Chapitre IV

Les dommages-intérêts

Chapitre V

La prescription

Chapitre VI

La livraison d'un aliud

Chapitre VII

Concours de l'action rédhibitoire avec d'autres actions

CHAPITRE PREMIER

LA GARANTIE EN RAISON DES DÉFAUTS DE LA CHOSE

A APERÇU HISTORIQUE

La garantie en raison des défauts de la chose vendue est un des domaines les plus importants du droit de la vente. La réglementation de la garantie posant des problèmes juridiques ardues, il est intéressant de rechercher l'origine de cette institution.

En droit romain, la chose était vendue telle quelle et le vendeur n'était pas tenu pour responsable des défauts de la chose¹. La garantie en raison des défauts ne résultait pas du contrat, mais uniquement d'une promesse qui accompagnait la *mancipatio*, ou à défaut de *mancipatio*, d'une stipulation spéciale. Ainsi, « la garantie a une cause juridique immédiate, extérieure au contrat de vente, qui, par lui-même, n'oblige pas directement à garantie »².

Toutefois, l'absence de dispositions sur la garantie fit le jeu des commerçants peu scrupuleux, qui ont profité de la situation pour abuser leurs acheteurs³. Aussi, à Rome, les *édiles curules*, officiers de police chargés de la surveillance des marchés, sont intervenus pour réprimer les fraudes des vendeurs et édictant deux édits d'après lesquels le vendeur était tenu de déclarer certains vices dans la vente d'esclaves et de bétail⁴.

¹ Le dol du vendeur constituait toutefois une exception à ce principe.

² Cavin, *Considérations...*, *loc. cit.*, p. 332. Cette conception est reprise en cas de vente de bétail (art. 198 CO) et de ventes immobilières faites en la forme de vente du capital-actions d'une société immobilière ; dans ce dernier cas, la garantie légale ne portant que sur la chose vendue (les actions), le mode de garantie concernant l'immeuble est le recours à une stipulation spéciale ; Carry, *La garantie en raison des défauts de la chose vendue dans la vente de toutes les actions d'une société immobilière*, *Festschrift Théo Guhl*, Zurich 1950, p. 179 ss. ; voir également ATF 79 (1953) II 115 = JT 1954 I p. 133 ; *SemJud* 93 (1971) p. 601.

³ Amaudruz, *loc. cit.*, p. 110. A noter toutefois qu'en vertu de la bonne foi, la stipulation de garantie était devenue obligatoire ; Cavin, *loc. cit.*, p. 332.

⁴ La responsabilité du vendeur était également engagée en cas de promesses concernant des qualités ou l'absence de vices dont la déclaration n'était pas obligatoire. Amaudruz, *loc. cit.*, p. 11.

Les édits instituaient ainsi une garantie en raison des défauts de la chose vendue ; ils ont introduit l'action rédhibitoire (*actio redhibitoria*) pendant six mois dès la découverte du vice ou en diminution du prix (*actio quanti minoris*) pendant une année ⁵.

Toutefois, cette réglementation ne protégeait que les acheteurs de marché ; les ventes ne tombant pas sous le coup des édits demeureraient soumises aux seules règles du droit civil, selon lesquelles le vendeur ne répondait des défauts que s'il avait garanti leur absence par une stipulation distincte de celle de la vente ou les avait tus sciemment ⁶. Ce dualisme subsista longuement et la généralisation du système édilicien à toutes les ventes ne se fit qu'au VI^e siècle, sous Justinien. C'est ce régime qui va constituer la base de la réglementation de la garantie en raison des défauts de la chose pour les droits issus de la vente romaine ⁷.

B SIGNIFICATION ET NATURE JURIDIQUE

I. Signification

A notre époque où l'intensification des échanges commerciaux permet toutes sortes d'abus de la part des cocontractants, la garantie en raison des défauts de la chose apparaît comme une obligation. En effet, l'absence de dispositions réglementant la responsabilité du vendeur en cas de livraison de la chose vendue ferait le jeu des commerçants malhonnêtes au détriment des acheteurs, qui sont bien souvent de simples particuliers. Aussi, « *dans notre société, l'utilité d'une telle garantie..., dont la fonction est essentiellement économique..., ne saurait être contestée* » ⁸.

« *Die Gewährleistungspflicht des Verkäufers ist vom Gesetzgeber statuiert worden, um den Käufer mit Rücksicht auf seine Ungewissheit über der Ware zu decken. Die Gewährleistungspflicht ist also ein Surrogat für die Gewissheit über die genaue Beschaffenheit der Kaufsache* » ⁹. Ainsi, la garantie des défauts oblige le vendeur à livrer une chose correspondante, en valeur et en utilité, aux exigences expresses ou tacites de l'acheteur ¹⁰ ; il y a donc lieu à garantie, conformément à l'art. 197 CO, si la chose vendue a des défauts ou si elle ne présente pas une qualité dont le vendeur avait promis l'existence ¹¹. Un défaut, c'est l'absence de qualité à laquelle l'acheteur pouvait s'attendre d'après les règles de la

⁵ De là vient le terme « action édiliciennes ».

⁶ Amaudruz, *loc. cit.*, p. 12, qui ajoute que ceci se concevait très bien, compte tenu des connaissances à peu près semblables dont disposaient l'acheteur et le vendeur sur les transactions.

⁷ Cavin, *Considérations...*, *loc. cit.*, p. 332, qui reconnaît le caractère quelque peu hybride de cette institution.

⁸ Heim, *loc. cit.*, p. 13.

⁹ Jäger, *loc. cit.*, p. 10.

¹⁰ Heim, *loc. cit.*, p. 13.

¹¹ Voir Guhl-Merz-Kummer, *loc. cit.*, p. 331.

bonne foi ; une qualité, c'est une propriété qui donne à la chose une certaine valeur ou utilité. Chaque fois que le vendeur enfreint cette obligation de garantie, il engage sa responsabilité, indépendamment de toute faute.

II. *Nature juridique*

La nature juridique de la garantie en raison des défauts de la chose vendue est un des problèmes les plus controversés de cette institution. La difficulté se rapporte à la qualification juridique de la garantie : la livraison d'une chose défectueuse constitue-t-elle une inexécution (ou une mauvaise exécution) au sens des art. 97 ss. CO ?

Selon une partie de la doctrine¹² et Stauffer¹³, la livraison d'une chose défectueuse¹⁴ ne constitue pas une mauvaise exécution au sens des art. 97 ss. CO dans la mesure où la qualité apparaît comme le motif de la conclusion du contrat. En effet, l'obligation d'exécution en cas de vente d'un corps certain a un contenu différent de l'obligation de garantie ; le vendeur s'est exécuté dans le temps et dans le lieu conformément au contrat : il a donc bien exécuté sa prestation et il n'y a pas violation de la « *Leistungspflicht* » ; mais, ayant livré une chose défectueuse, il y a violation de l'obligation de garantie (« *Gewährleistungspflicht* »).

Par contre, si une qualité apparaît comme une partie intégrante d'un accord (*promissum*), la livraison d'une chose défectueuse constitue une inexécution. Dans ce cas, en effet, le vendeur s'oblige à écarter le défaut. S'il ne le fait pas ou s'il livre la chose avec un défaut, il y a mauvaise exécution, donc application des art. 97 ss. CO, et non des art. 197 ss. CO.

On doit objecter que la garantie englobe à la fois le *dictum* et le *promissum*. Cette distinction entre *Leistungspflicht* et *Sachgewährleistungspflicht* ne se justifie pas dans ce cadre. En effet, la livraison d'une chose défectueuse, entraînant la violation de l'obligation de garantie, constitue une violation de l'obligation de prestation (*Leistungspflicht*).

Schubiger¹⁵, dans sa thèse, a fort bien montré les rapports existant entre les art. 97 ss. CO et les art. 197 ss. CO¹⁶. Selon cet auteur, l'exis-

¹² Becker, *loc. cit.*, Vorb. Art. 197-210 N° 1 ; von Büren I, *loc. cit.*, p. 384 ; Burllet, *loc. cit.*, p. 47 ; Furrer, *loc. cit.*, p. 34 ; Winiger, *loc. cit.*, p. 57 ; Cavin, *Considérations...*, *loc. cit.*, p. 333 ss. ; Lüthi, *loc. cit.*, p. 75 ss.

¹³ Stauffer, Von der Zusicherung bemäss OR 197, ZBJV 80 (1944) p. 145 ss. qui admet que la promesse (*Zusicherung*) n'est pas une déclaration de volonté de l'acheteur (*promissum*), mais un *dictum* au sens du droit romain ; cet auteur ne voit pas dans l'obligation de garantie pour qualités promises une responsabilité contractuelle, mais une responsabilité fondée sur la loi.

¹⁴ Il ne s'agit que de la livraison d'une chose défectueuse concernant la vente d'un corps certain (« *Speziessache* »). En effet, la livraison d'une chose de genre défectueuse (« *Gattungssache* ») constitue une mauvaise exécution ; voir Giger, *loc. cit.*, Vorb. Art. 197-215 N° 145 ; Schubiger, *loc. cit.*, p. 6 ss.

¹⁵ Schubiger, *idem*.

¹⁶ Sur le concours entre les art. 197 et ss. et les art. 97 et ss., voir *infra*, p. 185 ss.

tence d'un défaut ou l'absence d'une qualité promise constitue une mauvaise exécution au sens des art. 97 ss. CO. En effet, l'art. 184 CO oblige le vendeur à transmettre la propriété de la chose : il doit donc remettre à l'acheteur la chose vendue avec ses qualités supposées ; il doit lui donner la jouissance de la chose (Genuss) ; ainsi, si une qualité ou une propriété de la chose fait défaut, le vendeur n'a pas bien exécuté le contrat, n'ayant pas transféré à l'acheteur la chose vendue avec tous les droits et jouissance y attachés ; il y a donc mauvaise exécution du contrat au sens de l'art. 97 al. 1 CO ¹⁷.

Schubiger démontre également que la livraison d'une chose défectueuse de corps certain (Speziessache) représente un cas spécial d'une violation positive du contrat ¹⁸. En effet, la livraison de la Speziessache ne correspond pas aux exigences définies dans le contrat puisqu'elle est défectueuse ; il y a mauvaise exécution, puisque le vendeur a livré une chose avec des défauts. Ceci constitue, ajoute Schubiger, une violation positive du contrat, apparaissant comme une sorte de « *Schlechterfüllung* » ¹⁹. Ainsi, il y a identité des états de faits, d'un côté entre la livraison d'une chose de genre défectueuse et la demeure, et d'un autre côté entre la livraison d'un corps certain défectueux et la violation positive du contrat.

L'obligation de garantie constitue donc un cas de mauvaise exécution. D'ailleurs, comme le fait remarquer judicieusement Jäger ²⁰, ceci résulte des notes marginales du CO ; en effet, nous trouvons les dispositions générales à l'art. 184 CO et les obligations du vendeur aux art. 188 ss. CO (notamment les art. 192 ss. et 197 ss. CO), obligations auxquelles le vendeur doit s'être conformé pour avoir exécuté correctement et intégralement le contrat.

Certains auteurs ²¹ voient comme fondement de la responsabilité du vendeur pour livraison d'une chose défectueuse une culpa in contrahendo ²². En cas de fausse promesse de garantie, il y aurait violation des

¹⁷ Voir Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 184 N° 43 et Art. 192 N° 1 ; Jäger, *loc. cit.*, p. 11-13 ; Baldi, *loc. cit.*, p. 47 ; Neuenschwander, *loc. cit.*, p. 26, 34 ; Giger, *loc. cit.*, Vorb. Art. 197-210 N° 17. Ces auteurs admettent également à juste titre que la « Leistungspflicht » se compose de l'obligation de transfert et de l'obligation de répondre des défauts de la chose.

¹⁸ La livraison d'une chose de genre défectueuse (Gattungssache) représente, selon Schubiger, un cas spécial de la demeure ; voir Schubiger, *loc. cit.*, p. 23 ss.

¹⁹ Schubiger, *loc. cit.*, p. 31 ss. Il est toutefois difficile de cerner les différences entre l'exécution défectueuse, la mauvaise exécution et la violation positive du contrat. Sur les rapports entre mauvaise exécution, violation positive du contrat et exécution défectueuse, voir *supra*, p. 97 ss.

²⁰ Jäger, *loc. cit.*, p. 12. A noter qu'une certaine partie de la doctrine allemande conteste ce point de vue en faisant valoir que l'obligation de livraison visée au § 433 BGB n'implique pas celle de remettre à l'acheteur une chose sans défauts. Voir Larenz II, *loc. cit.*, p. 58.

²¹ Winiger, *loc. cit.*, p. 61 ; Lüthi, *loc. cit.*, p. 78 ss. ; Guhl, *Das schweizerische Obligationenrecht*, 4^e éd., Zurich 1948, p. 87.

²² A noter que ce problème a surtout une importance dans le cadre des dommages-intérêts que doit le vendeur à son acheteur. Voir *infra*, p. 97 ss.

pourparlers contractuels. Avec Schubiger²³, il y a lieu de critiquer une telle opinion. Il faut distinguer deux choses : d'une part, le comportement pendant les pourparlers contractuels dont la violation constitue une culpa in contrahendo ; d'autre part, la livraison d'une chose défectueuse qui ne peut constituer elle-même une culpa in contrahendo. On doit admettre la culpa in contrahendo uniquement si le vendeur, pendant les pourparlers contractuels, viole une « *Sorgfaltspflicht* », laquelle obligation se réfère non pas à l'exécution du contrat, mais au comportement pendant les pourparlers contractuels. Mais les actions édiliciennes ne peuvent avoir pour fondement la culpa in contrahendo en tant que comportement contraire au droit. Il y aurait, comme dit justement Schubiger²⁴, une contradiction à admettre comme motif pour l'application des dispositions sur la mauvaise exécution la violation d'une obligation résultant des pourparlers contractuels et non de l'exécution du contrat.

C CONDITIONS DE FOND ET D'EXERCICE DE LA GARANTIE

Notre propos n'est pas d'être exhaustif sur ce sujet, qui mériterait à lui seul plusieurs thèses. Notre ambition se limite à l'énumération des conditions nécessaires pour pouvoir invoquer l'action rédhibitoire comme sanction de la garantie.

I. Les conditions de fond

Elles sont au nombre de deux²⁵ :

1. — L'existence d'un défaut

Elle peut se présenter sous deux formes :

(a) l'absence d'une qualité promise :

Le vendeur peut donner l'assurance que la chose présente certaines qualités. Si ces qualités se révèlent inexistantes, la chose présente un défaut par rapport à ce qui était promis. Il s'agit ici du

²³ Schubiger, *loc. cit.*, p. 86 ss.

²⁴ Schubiger, *loc. cit.*, p. 87.

²⁵ Sur ces problèmes, voir not. Giger, *loc. cit.*, Art. 197 N° 6-97 et Art. 201 N° 4-108 ; voir également Cavin, *loc. cit.*, p. 73 ss., p. 79 ss. Toutefois, le législateur a été plus restrictif dans la vente de bétail (art. 198 CO). Le vendeur doit s'être obligé par écrit. C'est une promesse de garantie, non l'assurance d'une qualité. ATF 73 (1947) II 218 = JT 1948 I p. 362 ; toutefois, cette condition n'est pas exigée quand le vendeur a commis un dol. A noter enfin que l'art. 198 CO ne s'applique qu'à la vente des animaux qu'il énumère.

dictum du droit romain, qui n'a pas besoin d'être expressément accepté par l'acheteur ²⁶.

Abstraction faite de la vente de bétail, et même s'il s'agit d'actes juridiques requérant l'observation de certaines formes, des déclarations orales lient leur auteur dans la mesure où l'on peut les considérer comme la cause de l'acceptation de l'autre partie ²⁷. En cas de garantie expresse, le vendeur répond strictement des qualités promises, même si, en l'absence d'une pareille qualité, on ne peut parler de défaut au sens de l'art. 197 CO. Mais il faut que la garantie soit en relation de cause à effet avec la décision de l'acheteur de conclure la vente. Un tel rapport de causalité doit être présumé lorsqu'il s'agit de promesse qui, d'après l'expérience commune, sont généralement de nature à exercer une influence déterminante sur la volonté de l'acheteur de conclure le contrat, ou du moins d'acheter à de telles conditions particulières ²⁸.

Enfin, il faut distinguer l'assurance d'une qualité (*dictum*) de la promesse de garantie (*promissum*), qui ne découle pas de la loi et par laquelle le vendeur assume un engagement supplémentaire ; ainsi, le vendeur peut promettre des prestations spéciales (exemple : réparation) au cas où la chose présenterait des défauts ²⁹.

²⁶ Sur la notion de « *Zusicherung* », voir Giger, *loc. cit.*, Art. 197 N° 1 ss. L'assurance peut être tacite et découler des pourparlers contractuels entre les parties. Giger, *loc. cit.*, Art. 197 N° 26. D'autre part, toute indication du vendeur n'est pas un *dictum* : le terme « garantie » peut être compris dans le sens de la prise d'une obligation accessoire (garantie de fabrique). Il s'agit bien souvent d'une *Ersatzlieferungsgarantie*. ATF 91 (1965) II 344 = JT 1966 I p. 530. Voir von Büren II, *loc. cit.*, p. 49.

²⁷ ATF 73 (1947) II 218 = JT 1948 I p. 362.

²⁸ ATF 71 (1945) II 239 = JT 1946 I p. 85. Le litige se rapportait au nombre de kilomètres parcourus par un véhicule automobile. Voir aussi Giger, *loc. cit.*, Art. 197 N° 44. Le défaut doit exister au moment du transfert des risques (Giger, *loc. cit.*, Art. 197 N° 42) ou pour les choses de genre au moment de l'individualisation.

²⁹ La casuistique est importante dans le domaine de l'assurance d'une qualité promise. Les assurances peuvent résulter d'un prospectus ou document analogue pour autant qu'il s'agisse d'assurances sérieuses, et non d'une simple réclame usuelle en affaires : Tribunal fédéral, SemJud 76 (1954) p. 463. L'allégation d'un certain chiffre d'affaires constitue une qualité économique de la chose vendue, Giger, *loc. cit.*, Art. 197 N° 47. Cour de Justice, SemJud 75 (1953) p. 214. De même, la clause « franc de tout bail » constitue une qualité promise, dont l'absence constitue un défaut autorisant l'exercice de l'action en garantie (défaut juridique), Cour de Justice, SemJud 68 (1948) p. 383. Autre défaut juridique : vente de titres qui ne permettent pas à l'acheteur de se prévaloir de la clause-or, Tribunal fédéral, SemJud 73 (1951) p. 241.

Autres exemples : assurances données quant au nombre de kilomètres parcourus par une voiture : Tribunal cantonal, RVS 1971 p. 84 ; quant au revenu la catif d'un immeuble vendu : ATF 81 (1955) II 207 = JT 1956 I p. 104 et ATF 81 (1955) II 138 = JT 1956 I p. 46 ; quant à la capacité reproductive d'un taureau : ATF 86 (1960) II 27 = JT 1961 I p. 449. Voir également Cavin, *loc. cit.*, p. 80.

(b) *L'absence d'une qualité attendue :*

On doit considérer comme un défaut l'absence d'une qualité que l'on peut normalement attendre d'une chose de cette catégorie. Il importe de déterminer, selon la « *Vertrauenstheorie* », quelle est la destination convenue de la chose (critère subjectif) ; la connaissance qu'avait le vendeur de l'usage auquel l'acheteur la destinait sera déterminante. Sinon, le juge peut apprécier l'existence du défaut suivant la destination normale de la marchandise (critère objectif) ³⁰.

2. — L'ignorance de l'acheteur

Il faut que l'acheteur ait ignoré les défauts de la chose au moment de la vente (art. 200 CO). C'est au vendeur de prouver que l'acheteur les connaissait. L'acheteur informé est censé avoir renoncé à la garantie et ne saurait remettre unilatéralement en cause les termes de l'accord impliquant cette renonciation. Ce serait alors contraire aux règles de la bonne foi ³¹.

L'acheteur doit non seulement avoir constaté le défaut, mais s'être rendu compte de sa gravité ³². L'art. 200 al. 2 CO, reprenant le principe général de l'art. 3 CCS sur la bonne foi, n'impose toutefois à l'acheteur que l'obligation de prêter une *attention suffisante* à la chose vendue ³³.

Ainsi, l'existence d'un défaut et l'ignorance de l'acheteur sont les deux seules conditions de fond de la garantie ³⁴. Ni la connaissance du défaut de la part du vendeur (art. 197 al. 2 CO), ni sa faute ne sont requises.

³⁰ On ne retiendra que le défaut qui diminue la chose dans une notable mesure ; voir Giger, *loc. cit.*, Art. 197 N° 60 ss. ; Heim, *loc. cit.*, p. 15. Voir ATF 87 (1961) II 244 = JT 1962 I p. 98 ; ATF 84 (1958) II 163 ; ATF 66 (1940) II 132 = JT 1940 I p. 554 ; Cour d'appel, TI, Rep. 83 (1950) p. 200 ; BG, ZH, RVS 1973 p. 340 (défaut d'isolation contre le bruit).

Pour les cessions de créances à titre onéreux, la garantie découle des art 171 s. CO et non des art. 197 s. CO. Voir ATF 82 (1956) II 522 = JT 1957 I p. 326 ; ATF 78 (1952) II 216 = JT 1953 I p. 119.

³¹ Heim, *loc. cit.*, p. 16.

³² Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 200 N° 3.

³³ ATF 95 (1969) II 119 = JT 1970 I p. 238. Toutefois, lorsque le défaut consiste dans l'absence d'une qualité promise, le vendeur ne peut se soustraire à son obligation de garantie en alléguant qu'il s'agit d'un défaut dont l'acheteur aurait dû s'apercevoir ; ATF 66 (1940) II 132 = JT 1940 I p. 554 ; ATF 81 (1955) II 6 = JT 1955 I p. 562.

³⁴ Voir notamment Giger, *loc. cit.*, Art. 197 N° 5 ss., Art. 200 N° 6 ss. et Art. 199 N° 4 ss. Les règles sur la garantie en raison des défauts de la chose vendue étant, en principe, de droit positif, les parties peuvent y déroger expressément ou tacitement (l'exclusion de la garantie n'est néanmoins pas valable si le vendeur a frauduleusement dissimulé à l'acheteur les défauts de la chose, art. 199 CO).

A noter que les clauses supprimant ou restreignant la garantie peuvent donner lieu à des difficultés d'interprétation ; ainsi, dans la vente d'immeubles, les formules « dans l'état actuel », « tel qu'il a été possédé » ou clause analogue ne sont pas toujours de simples clauses de style, sans portée ; on doit rechercher, au regard de toutes les circonstances du cas, si les parties ont

II. Les conditions d'exercice de la garantie

Une fois les conditions de fond réunies, l'action en garantie est ouverte à l'acheteur dans la mesure où celui-ci satisfait à certains exigences (art. 201 CO). Cette disposition a été édictée dans un but de protection du vendeur. En effet, celui-ci doit connaître sa responsabilité assez tôt pour protéger ses propres droits, notamment à l'égard de ses prédécesseurs. De plus, un délai indéterminé permettrait à l'acheteur de spéculer au détriment du vendeur ³⁵.

1. — La vérification de la marchandise

L'acheteur doit vérifier la marchandise reçue, c'est-à-dire examiner par des moyens appropriés si elle présente les qualités sous-entendues ou promises. Toutefois, l'acheteur n'est tenu de procéder qu'aux vérifications usuelles, c'est-à-dire celles qui sont d'usage dans la branche du commerce considéré ³⁶.

(a) *moment de la vérification :*

L'art. 201 al. 1 CO dit que l'acheteur doit examiner la chose « *dès qu'il le peut d'après la marche habituelle des affaires* ». Cette disposition, conçue pour les rapports entre commerçants, s'applique aux autres cas, avec toutefois moins de rigidité. Mais le principe reste : l'acheteur doit procéder à la vérification aussitôt que possible depuis le moment où la marchandise se trouve en sa possession ³⁷.

(b) *lieu de la vérification :*

La vérification doit se faire, sauf convention contraire, au lieu de livraison de la chose vendue. Toutefois, lorsque les parties ont convenu d'une expédition de la marchandise directement au client (acheteur) de l'acheteur, la vérification se fait au lieu final de destination ³⁸.

vraiment entendu exclure tout vice. A noter enfin que l'exonération de responsabilité n'est pas possible lorsqu'il s'agit de qualités promises ; ATF 73 (1947) II 218 = JT 1948 I p. 362 ; voir ATF 83 (1957) II 401 = JT 1957 I p. 582 ; SJZ 59 (1963) p. 343.

³⁵ Voir ATF 81 (1955) II 56 = JT 1955 I p. 562 ; ATF 88 (1962) II 365 = JT 1963 I p. 242.

³⁶ ATF 76 (1950) II 221 = JT 1951 I p. 398. Notons que l'acheteur peut procéder lui-même à la vérification ou la confier à un tiers. De même, les parties peuvent désigner d'avance un tiers chargé de vérifier. Voir Giger, *loc. cit.*, Art. 201 N° 4 ss. ; Cavin, *loc. cit.*, p. 88 ss.

³⁷ Giger, *loc. cit.*, Art. 201 N° 33 ss. Voir ATF 81 (1955) II 56 = JT 1955 I p. 562, où, pour la vérification de la qualité de l'isolation d'une construction, il a fallu qu'une certaine température extérieure se produisît.

³⁸ Giger, *loc. cit.*, Art. 197 N° 23 ss. ATF 88 (1962) II 364 = JT 1963 I p. 242 ; il n'en va pas de même (sauf convention contraire) si le vendeur livre, pour le compte de l'acheteur, en mains d'un transporteur, qui doit réexpédier la marchandise au client de l'acheteur ; celui-ci doit vérifier la marchandise avant la réexpédition.

(c) *frais de la vérification :*

S'agissant d'un acte préparant l'acceptation, ils sont à la charge de l'acheteur. Cependant, si la vente est, par la suite, résolue, ces frais devront être payés par le vendeur, conformément à l'art. 208 al. 2 CO³⁹.

2. — L'avis des défauts

D'après l'art. 201 al. 1 CO, l'acheteur qui découvre des défauts doit en aviser le vendeur « *sans délai* ».

L'acheteur doit mentionner au vendeur les défauts de la chose vendue qu'il a constatés et dire pourquoi il estime ne pas devoir l'accepter. Il ne doit pas rester dans les généralités, mais préciser ses griefs dans la mesure du possible⁴⁰.

L'avis des défauts n'est soumis à aucune forme. Généralement, l'acheteur le fait par lettre recommandée pour se ménager la preuve.

L'avis doit être donné sans délai, aussitôt que l'acheteur peut avoir découvert le défaut d'après la marche habituelle des affaires⁴¹. Toutefois, en égard aux défauts cachés, ceux-ci doivent être signalés dès qu'ils se manifestent (art. 201 al. 3 CO)⁴². Si l'acheteur omet de signaler les défauts dans les délais indiqués⁴³, la chose est tenue pour acceptée (art. 201 al. 2 et 3 CO) et l'acheteur est déchu de l'action en garantie⁴⁴. Toutefois, selon l'art. 203 CO, lorsque le vendeur a intentionnellement induit l'acheteur en erreur, il ne peut se prévaloir du fait que l'avis des défauts n'aurait pas eu lieu en temps utile.

En conclusion, l'opportunité de cette double incombance de vérification et d'avis des défauts a été critiquée en doctrine⁴⁵. Si on doit l'admettre

³⁹ Sur la réparation du dommage direct, voir *infra*, p. 140.

⁴⁰ SemJud 72 (1950) p. 273. Cependant, à ce stade, l'acheteur n'a pas à faire savoir au vendeur quel parti il veut prendre.

⁴¹ Giger, *loc. cit.*, Art. 201 N° 75 ss. Ainsi, est tardif l'avis des défauts (non cachés) donné au début de juin quand, dès le milieu de mars, l'acheteur était en mesure d'examiner la maison vendue. SJZ 60 (1964) p. 28 N° 12.

⁴² A noter qu'un défaut apparent peut constituer un défaut caché, notamment lorsque l'acheteur, comme laïc, n'aurait pu le découvrir et que seul un spécialiste aurait pu le déceler. ATF 63 (1937) II 401 = JT 1938 I p. 306.

⁴³ A noter d'une part que l'art. 201 al. 1 CO est de nature dispositive — les parties pouvant supprimer, abréger ou prolonger les délais — et d'autre part que dans les différentes branches du commerce, des usages précisent la portée des dispositions légales sur l'avis des défauts et la vérification. Voir les KHVS (Kunsthandelsverbandes der Schweiz de 1958).

⁴⁴ Sous réserve des défauts cachés de l'art. 201 al. 2 CO.

⁴⁵ Bucher Eugen, Der benachteiligte Käufer, Kritische Bemerkungen zu zwei Besonderheiten des schweizerischen Kaufrechts: Prüfungs- und Rügepflicht (OR 201), Kostenfolgen bei Erkennung auf Preisminderung statt auf Wandlung gemäss OR 205/II; SJZ 67 (1971) S. 1-6, 17-24; *contra*: Heim, *loc. cit.*, p. 17.

pour les transactions commerciales, elle semble injustifiée pour des achats d'une certaine importance de « l'homme moyen » (appareils ménagers, voiture, etc.), l'exigence de la vérification et de l'avis faisant échouer environ 75 % des actions en garantie. Il conviendrait peut-être de distinguer, comme le fait le droit allemand, les ventes commerciales des ventes ordinaires et de soumettre ces dernières à des exigences moins strictes ⁴⁶.

D LES ACTIONS ÉDILICIENNES

Lorsque les conditions de fond et d'exercice de la garantie sont réunies, l'acheteur est en mesure de faire valoir les droits que lui reconnaissent les art. 205 ss. CO.

L'art. 205 CO n'accorde pas à l'acheteur une action en réparation de la chose vendue. Celle-ci ne peut découler que d'une promesse de garantie spéciale ⁴⁷ par laquelle le vendeur s'oblige à remettre la chose en état. S'il ne le fait pas, il tombe après l'interpellation du vendeur en demeure du débiteur ⁴⁸ et l'acheteur bénéficie des art. 102 ss. CO. Il peut arriver qu'après la réparation, lors de la deuxième livraison à l'acheteur, celui-ci découvre à nouveau un défaut (l'ancien défaut non réparé ou un autre qui existait déjà au moment du transfert des risques) ; dans ce cas, il y a application des art. 197 ss. CO (ou réparation selon les clauses du contrat). Le délai de prescription (art. 210 al. 1 CO) court dès la deuxième livraison : il y a eu interruption de la prescription (art. 135 al. 1 CO) ⁴⁹.

Enfin, une partie de la doctrine ⁵⁰ propose d'appliquer l'art. 368 al. 2 CO par analogie au contrat de vente et accorde à l'acheteur une action en réparation fondée sur la loi.

I. L'action rédhibitoire

L'acheteur peut faire résoudre la vente en exerçant l'action rédhibitoire. C'est le thème de la présente étude.

⁴⁶ Mentionnons que, dans la vente à distance (art. 204 CO) et la vente de bétail (art. 198 CO), la loi impose à l'acheteur des obligations supplémentaires.

⁴⁷ Cavin, *loc. cit.*, p. 96 ; Becker, *loc. cit.*, Art. 206 N° 1 et 5 ; Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, p. 26 ; ATF 95 (1969) II 119 cons. 6 = JT 1970 I p. 238.

⁴⁸ Heim, *loc. cit.*, p. 70 ; Witschi, *loc. cit.*, p. 50 s. ; ATF 91 (1965) II 344 = JT 1966 I p. 530 cons. 3.

⁴⁹ Heim, *loc. cit.*, p. 33.

⁵⁰ Guhl-Merz-Kummer, *loc. cit.*, p. 339 ; Giger, *loc. cit.*, Art. 205 N° 42.

II. *L'action en réduction de prix*

Dans ce cas, le contrat est maintenu. L'acheteur garde la chose, mais peut prétendre à une réduction proportionnelle du prix de la chose vendue. En droit suisse, cette réduction est calculée d'après la méthode relative ; on estime la valeur de la chose avec ses défauts et celle qu'elle aurait sans défaut, et l'on réduit le prix dans la proportion où ces deux valeurs sont entre elles⁵¹. Cette méthode tient compte du fait que l'une ou l'autre partie peut avoir fait une bonne affaire en obtenant un prix avantageux pour elle ; il n'y a pas lieu de lui enlever cet avantage.

L'indemnité des prestations n'est pas une action en dommages-intérêts. Elle vise à rétablir l'égalité entre les prestations⁵². L'action en diminution ne peut dès lors s'accommoder des art. 43 et 44 CO⁵³, qui ne peuvent, à la rigueur, s'appliquer qu'à l'action en dommages-intérêts qui appartient à l'acheteur concurremment avec l'action en diminution — ou à la place de celle-ci. La base légale de cette action en dommages-intérêts est l'art. 97 CO, qui exige notamment que le vendeur soit en faute⁵⁴.

III. *L'action tendant au remplacement de la chose vendue*

Cette action est donnée à l'acheteur uniquement si la vente porte sur des choses fongibles, ou plus exactement de choses déterminées par leur genre⁵⁵. C'est une action en exécution⁵⁶ qui oblige le vendeur à remplacer

⁵¹ Pour procéder à l'évaluation, on se place au moment de la conclusion du contrat, ou si les risques ne passent à l'acheteur qu'ultérieurement, à ce moment-là.

⁵² ATF 85 (1959) II 192.

⁵³ Rep. 92 (1959) p. 417 ; Giger, *loc. cit.*, Art. 205 N° 29.

⁵⁴ Voir ATF 63 (1937) II 401 = JT 1938 I p. 306 ; SemJud 76 (1954) p. 153. Voir *infra*, p. 149 ss.

⁵⁵ Il s'agit en effet des choses déterminées par leur genre et non, comme le dit le texte de la loi, de choses fongibles. Si l'on veut un certain stock de charbon et que ce charbon se révèle défectueux, il ne peut y avoir une autre livraison (il s'agit d'une chose fongible, mais non d'une chose déterminée par son genre). Inversement, une chose non fongible peut faire l'objet d'une dette de genre lorsqu'on s'oblige, p. ex., à livrer un cheval de selle ou trois dessins d'un certain peintre ; voir von Tuhr-Peter, *loc. cit.*, p. 54 ; voir également Furrer, *loc. cit.*, p. 77, qui admet que, par accord entre les parties, cette action peut également s'appliquer aux « Speziessache ». Voir également le fameux arrêt van Paasen c. Cencini (ATF 94 1968 II 26 = JT 1969 I p. 322), où le Tribunal fédéral a appliqué l'art. 206 CO à la livraison d'une chose de genre. Application bien maladroite, puisqu'il s'agissait en réalité de la livraison d'une chose d'un autre genre (*aliud*) et non de la livraison d'une chose de genre défectueuse. Sur la livraison d'un *aliud*, voir *infra*, p. 168 s.

⁵⁶ Toutefois, lorsque — des défauts de la chose vendue étant allégués —, il est convenu que le vendeur fournira des prestations autres que de l'argent ou des marchandises semblables à celles expédiées, il n'y a pas remplacement selon l'art. 206 CO, mais contrat nouveau emportant novation (art. 116 CO), et soumis non à la prescription de l'art. 210 CO, mais à la prescription décennale de l'art. 127 CO. SemJud 80 (1958) p. 358.

la chose vendue défectueuse ; en cas de contravention à cette obligation, on doit accorder à l'acheteur la possibilité d'exercer le droit d'option selon l'art. 205 CO ⁵⁷. On doit également noter que l'acheteur, comme pour le cas de la diminution du prix, dispose à côté de l'action en remplacement de la chose vendue d'une action en dommages-intérêts basée sur l'art. 97 CO.

⁵⁷ Schubiger, *loc. cit.*, p. 49 ss., qui soutient qu'il est injustifié que l'acheteur, à qui on a livré à nouveau des marchandises défectueuses, perde son droit d'option entre l'action rédhibitoire, l'action en diminution du prix et l'action en remplacement de la chose vendue. *Contra* : Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 206 N° 7, qui prévoient, dans ce cas, l'application de l'art. 97 CO, la mise en valeur de l'art. 206 CO anéantissant définitivement le droit d'option de l'acheteur.

CHAPITRE II

LA RÉOLUTION

A L'ACTION RÉDhibITOIRE

En cas de défauts de la chose vendue, lorsque l'acheteur a satisfait à ses incombances, il a le choix entre la résolution pour vices rédhibitoires (Wandlung) et l'action minutoire (Minderung) ¹.

L'action rédhibitoire constitue une résolution du contrat ² avec effets ex tunc mais enlevant à la disposition la cause ex nunc, c'est-à-dire transformant le rapport contractuel en un rapport de liquidation des effets du contrat au sens des art. 62 ss. CO ³. Par la résolution, la vente est « rückgängig gemacht » ⁴.

Von Tuhr-Escher ⁵ écrivent que « l'action rédhibitoire se rapproche beaucoup de la résolution ». Cette formule ne nous convient guère. Par l'action rédhibitoire, l'acheteur demande au juge de résoudre le contrat de vente. L'action rédhibitoire n'est donc ni plus ni moins qu'une action en résolution. Cette petite bévue des auteurs vient sans doute du fait que, dans le cadre de l'action rédhibitoire, l'existence du vice n'est pas postérieure à la conclusion du contrat (comme dans l'art. 107 al. 2 CO), mais antérieure, ou du moins contemporaine à la conclusion du contrat ⁶.

En droit français, certains auteurs ⁷ ont contesté le caractère de la résolution à l'action rédhibitoire. La rédhibition a seulement pour effet

¹ Une troisième voie lui est ouverte en cas de choses déterminées par leur genre (art. 206 al. 1 CO). De plus, l'acheteur dispose, en cas de faute, d'une action en dommages-intérêts (art. 97 al. 1 CO).

² Sur la notion de résolution, voir *supra*, p. 14 ss. Il n'y a pas une résiliation, comme l'indique maladroitement le texte légal.

³ Voir *supra*, p. 21 s.

⁴ Baur, *loc. cit.*, p. 45 ; Guhl-Merz-Kummer, *loc. cit.*, p. 3 ; von Büren II, *loc. cit.*, p. 39 ; Furrer, *loc. cit.*, p. 67 ; Katz, *loc. cit.*, p. 75 ; Schubiger, *loc. cit.*, p. 63 s. ; Giger, *loc. cit.*, Art. 205 N° 15.

⁵ von Tuhr-Escher, *loc. cit.*, p. 170.

⁶ Tandogan, *loc. cit.*, p. 45 ; mais la sanction prévue n'a que des effets personnels, comme la résolution. Il s'agit d'un cas d'inexécution des obligations contractuelles qui est sanctionné par la résolution du contrat.

⁷ Planiol-Ripert, *loc. cit.*, N° 134, solution qui apparaît néanmoins logique si l'on considère que la résolution en droit français comporte des effets réels. Voir *supra*, p. 22 s.

d'imposer certaines obligations au vendeur et à l'acheteur ; elle doit être sans effet à l'égard des tiers. Mais la majorité de la doctrine⁸ admet que l'action rédhibitoire aboutit à une résolution, l'acheteur demandant la restitution du prix et offrant de restituer la chose vendue.

Le caractère de la résolution n'est, par contre, pas contesté en droit allemand, le § 467 BGB renvoyant aux §§ 346 ss. BGB⁹.

B LE DROIT D'OPTION DE L'ACHETEUR

I. *Nature juridique du droit d'option*

L'art. 205 CO précise que l'acheteur peut faire résoudre la vente ou réclamer l'action en réduction du prix. Le problème controversé est de savoir si le droit d'option de l'acheteur — et plus précisément le droit de résolution — peut s'exercer au moyen d'une déclaration unilatérale de volonté sujette à réception ou, au contraire, au moyen d'une action en justice.

Selon une partie de la doctrine suisse¹⁰, la nature juridique de ce droit d'option, qui s'exerce au moyen d'une déclaration de volonté adressée au vendeur, est un droit formateur unilatéral. Point n'est besoin d'un jugement ou d'un contrat pour exercer le droit de résolution. L'acheteur envoie une lettre recommandée à son vendeur, lui signifiant qu'il se départ du contrat. Si un jugement intervient ultérieurement, il s'agira d'un jugement déclaratif, le juge se bornant à examiner si les conditions de la résolution sont réalisées. La situation est ainsi la même que dans l'art. 107 al. 2 voie N° 3 CO.

En droit allemand, le § 465 BGB dispose que la résolution se trouve acquise lorsque le vendeur, à la demande de l'acheteur, déclare y acquiescer. Le droit de résolution n'est donc pas un droit formateur unilatéral et le § 477 BGB ne renvoie pas au § 349 BGB, selon lequel la résolution s'effectue au moyen d'une déclaration adressée à l'autre partie. Cette disposition a donné lieu à diverses interprétations dans la doctrine. Certains auteurs¹¹, déjà anciens, ont dégagé l'idée de la « Vertragstheorie » en vertu de laquelle la résolution s'effectue sur la base d'un contrat entre l'acheteur et le vendeur. Si le vendeur ne consent pas à la résolution, l'acheteur dispose contre lui d'une action en conclusion d'un nouveau contrat permettant la résolution de la vente et la restitution des prestations.

⁸ Mazeaud, *loc. cit.*, N° 987 ; Beudant-Lerebourgs-Pigeonnière, *loc. cit.*, N° 260.

⁹ Esser, *loc. cit.*, Bd. II, p. 42.

¹⁰ Cavin, *loc. cit.*, p. 97 ; Becker, *loc. cit.*, Art. 205 N° 12 ; Katz, *loc. cit.*, p. 75 ; Furrer, *loc. cit.*, p. 64 ; Baur, *loc. cit.*, p. 35 ; Schubiger, *loc. cit.*, p. 59.

¹¹ Oertmann, *loc. cit.*, § 465 N° 1.

Selon l'« Herstellungstheorie » adoptée par d'autres auteurs¹², l'acheteur peut directement, c'est-à-dire sans résolution préalable du contrat, réclamer la restitution du prix payé. Cette théorie ne fait aucune distinction entre l'action en résolution et les actions qui découlent de la résolution. La résolution, véritable droit formateur, s'exerce alors au moyen d'une déclaration de volonté adressée au vendeur. Toutefois, une telle manière de voir est contraire à la loi qui ne considère pas, en cas de défauts de la chose vendue, le droit de résolution de l'acheteur comme un droit formateur unilatéral ; en effet, le § 477 BGB parle expressément d'action en résolution et le § 467 BGB ne renvoie volontairement pas au § 349 BGB¹³.

Enfin, selon une troisième théorie, dite « modifizierte Vertragstheorie »¹⁴, la résolution s'opère soit sur la base d'un contrat si le vendeur y consent, soit sur la base d'un jugement constitutif. Le jugement transforme alors le contrat de vente en un rapport de liquidation des effets du contrat.

En droit suisse, l'opinion selon laquelle, dans la garantie en raison des défauts de la chose, la résolution s'exerce au moyen d'une déclaration de volonté doit être critiquée. Admettre que la résolution du contrat est un droit formateur unilatéral est manifestement contraire à la loi. En effet, quelle serait alors la portée de l'art. 205 al. 2 CO qui laisse à l'appréciation du juge la possibilité de prononcer la résolution du contrat¹⁵ ? La ratio legis de l'art. 205 al. 2 CO exige que l'acheteur ne puisse « déclarer » la résolution du contrat. Celle-ci doit se baser soit sur contrat si le vendeur y consent, soit, en cas de refus de ce dernier, sur un jugement¹⁶. Il s'agit alors d'un jugement constitutif, qui emporte modification au fond. Une fois entré en force de chose jugée, un tel jugement n'a plus besoin d'aucune intervention de l'autorité publique pour être exécuté : il porte en quelque sorte son exécution en lui-même¹⁷. Ainsi, en droit suisse, la « Modifizierte Vertragstheorie » correspond parfaitement à la conception suisse des effets de la garantie en raison des défauts de la chose vendue¹⁸.

II. Exercice et extinction du droit d'option

Il faut distinguer le droit d'option (qui est une déclaration que l'acheteur adresse à son vendeur) de l'exercice du droit d'option, c'est-à-dire de la « Vollzug von Wandlung » qui s'exerce soit au moyen d'un contrat,

¹² Ennecerus-Lehmann, *loc. cit.*, p. 443 s. ; Staudinger-Ostler, *loc. cit.*, § 462 ss.

¹³ Fikentscher, *loc. cit.*, p. 392.

¹⁴ Voir Larenz II, *loc. cit.*, p. 48 s.

¹⁵ Giger, *loc. cit.*, Art. 205 N° 12.

¹⁶ Giger, *idem*.

¹⁷ Habscheid, *loc. cit.*, p. 304.

¹⁸ Giger, *loc. cit.*, Art. 205 N° 12.

soit au moyen d'un jugement. Ainsi, V vend à A une chose affectée de vices rédhibitoires. A prévient V qu'il résout le contrat ; en d'autres termes, il avise le vendeur qu'il opte pour la résolution du contrat. Mais cette déclaration n'est pas suffisante pour fonder le droit de résolution de A. Il faut que V y consente ; dans le cas contraire, A doit intenter une action en résolution. Ainsi, l'exercice du droit d'option de l'acheteur signifie simplement une offre de l'acheteur d'arriver à un règlement extrajudiciaire concernant le litige causé par la livraison de marchandises défectueuses ¹⁹.

Aussi, le droit d'option de l'acheteur ne s'éteint pas lorsque l'acheteur a déclaré au vendeur son intention de résoudre le contrat de vente ²⁰. Si le vendeur a accepté expressément ou tacitement l'offre de l'acheteur de résoudre le contrat de vente, le droit d'option s'éteint par le contrat qui lie alors les deux parties contractantes. Au cas où le vendeur refuse d'accepter la résolution du contrat, le droit d'option de l'acheteur s'éteint par un jugement ayant force de chose jugée ²¹.

L'acheteur peut-il, en cours de procès, modifier l'action judiciaire qu'il a intentée ? La modification de l'objet du litige, admise en procédure civile fédérale (art. 26 LPCF), dépend de la procédure cantonale ²². A notre sens, la modification de l'action rédhibitoire en une action minutoire ou inversement doit être permise jusqu'au moment du jugement ²³. En effet, le juge est libre, en vertu des « circonstances concrètes » prévues à l'art. 205 al. 2 CO, d'accorder l'action minutoire à un acheteur, qui réclame l'action rédhibitoire. La modification en justice de la demande de l'acheteur doit ainsi être possible.

¹⁹ Giger, *loc. cit.*, Art. 206 N° 65.

²⁰ Giger, *loc. cit.*, Art. 205 N° 66 ; *contra* : Becker, *loc. cit.*, Art. 205 N° 12 ; Schubiger, *loc. cit.*, p. 59 ; Katz, *loc. cit.*, p. 75 ; Furrer, *loc. cit.*, p. 64 qui admettent que le droit d'option s'exerçant au moyen d'une déclaration de volonté s'éteint avec l'utilisation.

²¹ Giger, *loc. cit.*, Art. 205 N° 66.

²² Sur le régime de la modification de la demande en droit suisse, voir Habscheid, *loc. cit.*, p. 265. La loi genevoise de procédure civile est muette sur ce sujet ; cf. toutefois art. 50 LPC.

²³ Voir Giger, *loc. cit.*, Art. 205 N° 69 ; voir KG, SG, SJZ 37 (1941) p. 68 N° 46 où le Tribunal a admis la modification de la demande de l'acheteur (action en diminution à la place de l'action en résolution) en vertu du principe « in maiore minus ». Toutefois, nous devons raisonner dans le cadre d'une « Klageänderung » et non dans le cadre du pouvoir d'appréciation du juge prévu à l'art. 205 al. 2 CO. Voir KG, GR, SJZ 46 (1950) p. 225 N° 80 où la modification de l'objet du litige a été refusée par le tribunal du canton des Grisons.

Voir également Furrer, *loc. cit.*, p. 65, qui ne permet pas une « Klageänderung », opinion toutefois logique puisque cet auteur admet que le droit d'option s'exerce au moyen d'une déclaration unilatérale de volonté et est irrévocable. La modification de la demande en justice anéantirait alors le principe de l'irrévocabilité du droit d'option.

C LA RÉSOLUTION EN CAS DE PERTE DE LA CHOSE

En cas de résolution, les parties doivent être remises dans la situation dans laquelle elles seraient si le contrat n'avait pas été conclu. Les prestations effectuées doivent être restituées²⁴ ; notamment, l'acheteur — pour exercer avec succès l'action rédhibitoire — doit pouvoir être en mesure de restituer au vendeur les marchandises dans l'état où il les a reçues²⁵.

Qu'en est-il lorsque l'acheteur est incapable de restituer la chose vendue au vendeur ? Si la chose a péri par la faute de l'acheteur, ou s'il l'a aliénée, ou transformée, il ne peut demander la résolution²⁶. Toutefois, en cas de perte de la chose, la résolution est possible dans deux hypothèses :

- (a) la chose a été détruite par la suite de ses défauts : il s'agit d'une conséquence directe du principe de la garantie²⁷. Ainsi, V vend à A une bonbonne de gaz défectueuse ; si la marchandise explose (par suite de ses défauts), A pourra demander la résolution du contrat (restitution du prix payé et réparation du dommage) et il ne devra rien restituer à V (ou lui restituer ce qu'il reste de la chose, art. 207 al. 2 CO).
- (b) la chose a été détruite ou altérée par cas fortuit : dans ce cas, la résolution est possible si la destruction ou l'altération de la chose vendue est la conséquence d'un accident. Ainsi, V vend à A sa voiture ; le véhicule est défectueux ; A, qui a satisfait à ses obligations, désire exercer l'action rédhibitoire ; mais entre temps, le véhicule est complètement détruit dans un incendie ou une manifestation. La loi accorde néanmoins à A le droit de demander la résolution du contrat. On doit assimiler à ce cas, bien que la loi n'en parle pas, celui où la détérioration ou la « diminution » de la chose vendue est causée par un cas fortuit²⁸.

Cette règle constitue une exception au principe du transfert des risques selon lequel les risques et profits passent à l'acheteur au

²⁴ Sur la restitution des prestations en cas d'action rédhibitoire (art. 208 CO), voir *infra*, p. 130 ss.

²⁵ Toutefois, en règle générale, la résolution est indépendante de la possibilité de restitution (on ne doit pas faire dépendre la résolution de la possibilité de restitution de l'acheteur) ; Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 207 N° 2.

²⁶ Art. 207 al. 3 CO ; sur la destruction fautive de la chose vendue, voir *infra*, p. 124.

²⁷ Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 207 N° 2 ; Katz, *loc. cit.*, p. 76 ; Jäger, *loc. cit.*, p. 98 ; Giger, *loc. cit.*, Art. 207 N° 9.

²⁸ Giger, *loc. cit.*, Art. 207 N° 39.

moment de la conclusion du contrat (art. 119 CO et 185 CO)²⁹. Ainsi, en cas d'impossibilité subséquente d'exécution non imputable au débiteur et au créancier, le vendeur (débiteur) est libéré de payer des dommages-intérêts en vertu de l'art. 119 al. 1 CO, alors que l'acheteur (créancier) devra payer le prix de vente (bien qu'il ne reçoive rien), l'art. 119 al. 3, qui renvoie à l'art. 185 CO, constituant une exception à l'art. 119 al. 2 CO (les risques sont passés au moment de la conclusion du contrat). Dans le cadre de l'art. 207 al. 1 CO, l'acheteur ne supporte pas le risque et peut demander la résolution de la vente (ainsi que la restitution du prix et la réparation du dommage)³⁰.

D LES LIMITES DU CHOIX DE L'ACHETEUR

1. *L'appréciation du juge*

En cas de livraison par le vendeur d'une marchandise défectueuse, le choix de l'acheteur n'est pas absolu. Ainsi, le juge pourra refuser la résolution et n'accorder à l'acheteur que la réduction du prix si les circonstances le justifient (art. 205 al. 2 CO).

Le juge doit décider quelle sera la sanction de la mauvaise exécution en appréciant d'une manière équitable les intérêts respectifs des deux parties³¹. L'art. 205 al. 2 CO pose une considération d'équité, visant à exclure les cas gênants. Le juge devra donc procéder à une *Interessenabwägung*³².

²⁹ Voir Giger, *loc. cit.*, Art. 207 N° 36, qui admet que la résolution anéantisant le contrat avec effet ex tunc, il est logique que le transfert des risques soit caduc avec effets ex tunc. En réalité, la résolution enlève à la disposition la cause ex nunc avec effet ex tunc. Le principe du transfert des risques n'est ainsi pas affecté par la résolution du contrat. L'art. 207 al. 1 CO constitue bien une dérogation à l'art. 185 al. 1 CO.

³⁰ La règle du transfert des risques en droit suisse est une institution quelque peu insolite. Héritière de la conception romaine (*periculum est emptoris*), elle dénote dans un code d'inspiration germanique. Cette règle se conçoit fort bien en droit français où le transfert de propriété est consensuel ; par contre, en droit suisse et allemand, où le transfert de propriété nécessite la mise en possession de la chose, ce principe apparaît choquant. Il serait plus équitable, comme le font le droit allemand et la loi uniforme sur la vente d'objets mobiliers corporels de 1964, de faire passer les risques à l'acheteur au moment de la livraison de la chose. Aussi, la jurisprudence, se rendant compte du caractère quelque peu choquant de ce principe, s'efforce d'interpréter largement l'art. 185 al. 1 in fine, qui constitue une exception au transfert des risques au moment de la conclusion du contrat. Ainsi, des clauses concernant les frais de transport, d'assurances, etc. (franco, cif, fob, fas) sont souvent — mais pas nécessairement — à interpréter comme impliquant une dérogation aux conséquences de l'art. 119 al. 3 et de l'art. 185 al. 1 CO.

Il examinera à cet égard l'utilité que peut avoir la chose pour l'acheteur³³. Ainsi, si un boulanger achète de la farine blanche et en reçoit de moins bonne qualité, le juge prononcera la réduction du prix, parce que le boulanger peut utiliser cette farine sans inconvénient pour d'autres usages que celui prévu. Par contre, si un mauvais vin est livré à un aubergiste, la résolution du contrat sera, dans ce cas, justifiée³⁴. D'une manière générale, si la chose livrée n'est plus utilisable pour le but voulu, le juge devra accorder la résolution³⁵.

D'autre part, la réduction du prix devra être accordée lorsque l'acheteur a la possibilité de revendre la chose à un tiers ou bien lorsqu'il aurait tout de même acheté la chose vendue s'il avait connu ses défauts³⁶.

En règle générale, la réduction devra être prononcée toutes les fois que la résolution occasionnerait trop d'inconvénients pour l'acheteur par rapport aux avantages qu'elle procurerait à l'acheteur³⁷. Ainsi, si la chose vendue ne peut plus être restituée au vendeur au lieu de livraison et que cela entraîne de gros frais de transport ou de fret, le juge ne prononcera pas la résolution.

Eu égard au principe de la bonne foi, la résolution devra être accordée en cas d'absence de qualités promises³⁸. Il en est de même si le vendeur est en faute ou s'il a trompé intentionnellement son acheteur³⁹.

Toutefois, l'appréciation du juge est limitée par la loi, quand la moins-value est égale au prix de vente. Dans ce cas, le juge ne peut prononcer que la résolution. Ce cas sera assez rare. Il ne peut pratiquement pas se présenter si on calcule la moins-value d'après la méthode relative. Il faut que la chose n'ait plus aucune valeur pour l'acheteur ; dans ce cas, le législateur n'a pas voulu que l'acheteur puisse garder la chose et exiger la restitution du prix de vente (la moins-value étant égale au prix de vente).

³¹ Tandogan, *loc. cit.*, p. 281.

³² Furrer, *loc. cit.*, p. 66 ; Bucher, *loc. cit.*, p. 22 ; Giger, *loc. cit.*, Art. 205 N° 50.

³³ Giger, *idem*.

³⁴ Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 205 N° 9 ; Giger, *loc. cit.*, Art. 205 N° 54.

³⁵ Baur, *loc. cit.*, p. 41 ; ATF 23 (1897) II 1092 ; pour les corps certains, l'utilité est présumée d'après les usages commerciaux ; voir Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 205 N° 10 ; Giger, *loc. cit.*, Art. 205 N° 54.

³⁶ Tandogan, *loc. cit.*, p. 282 ; voir Giger, *loc. cit.*, Art. 205 N° 55.

³⁷ Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 205 N° 9 ; Guhl-Merz-Kummer, *loc. cit.*, p. 337 ; Bucher, *loc. cit.*, p. 22 ; Furrer, *loc. cit.*, p. 66 ; Giger, *loc. cit.*, Art. 205 N° 50. Voir SemJud 77 (1955) p. 97, où l'utilisation prolongée de la chose vendue a amené la Cour de Justice de Genève à admettre la réduction du prix. Voir également ATF 81 (1955) II 213 et ATF 71 (1945) II 239 = JT 1946 I 87.

³⁸ Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 205 N° 12 ; Becker, *loc. cit.*, Art. 205 N° 10 ; Tandogan, *loc. cit.*, p. 281 ; Giger, *loc. cit.*, Art. 205 N° 51.

³⁹ SJZ 27 (1930/31) p. 360 N° 271.

II. La perte de la chose vendue

L'art. 207 al. 3 CO prévoit que « si la chose a péri par la faute de l'acheteur, ou qu'il l'ait aliénée ou transformée, il ne peut demander que la réduction du prix pour la moins-value ». On doit distinguer plusieurs cas :

1. — La destruction fautive de la chose

La notion de faute appelle dans ce cadre une interprétation. Il ne peut s'agir d'une faute au sens technique du terme, car l'acheteur est propriétaire de la chose vendue et peut en disposer comme bon lui semble⁴⁰. En procédant à une « Interessenabwägung », on doit poser le principe suivant : l'acheteur répond de toute variation, modification, transformation ou altération, pourvu qu'elle soit provoquée par son propre comportement⁴¹. Ainsi, l'action en résolution est exclue si la chose est détruite à la suite du comportement (Verhalten) de l'acheteur. On doit examiner si ce dernier aurait pu éviter la destruction de la chose vendue par une attitude diligente ou si une telle attitude aurait pu être exigée de lui d'après les règles de la bonne foi⁴². Dans les cas où l'acheteur est responsable de la destruction — ainsi si la voiture est détruite par inadvertance de l'acheteur, que celui-ci connaisse ou non le défaut⁴³ —, ce dernier ne peut que réclamer la réduction du prix⁴⁴.

2. — La détérioration fautive de la chose vendue

L'art. 207 CO ne se réfère qu'à la « destruction » de la chose vendue, mais ne prévoit pas, contrairement au § 351 BGB, quelle sanction adopter en cas de détérioration de la chose vendue. Selon certains auteurs⁴⁵, la détérioration ne doit pas être assimilée à une destruction de la chose vendue. Selon Giger⁴⁶, il n'y a pas de silence qualifié de la loi. Si on admettait que l'art. 207 CO ne se réfère qu'à la destruction totale, quelle serait alors la portée de l'art. 207 al. 2 CO qui prévoit que l'acheteur doit restituer au vendeur ce qu'il lui reste de la chose ? En application de l'art. 207 al. 3, on doit exclure le droit de résolution si l'acheteur a,

⁴⁰ Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 207 N° 5 ; Giger, *loc. cit.*, Art. 207 N° 14 ; sur la notion allemande de « Verschulden gegen sich selbst », cf. Giger, *loc. cit.*, Art. 207 N° 16.

⁴¹ Giger, *loc. cit.*, Art. 207 N° 18.

⁴² Furrer, *loc. cit.*, p. 66.

⁴³ Giger, *loc. cit.*, Art. 207 N° 18.

⁴⁴ Selon le droit français, l'acheteur est privé de toute action contre le vendeur. Voir Amaudruz, *loc. cit.*, p. 125 (solution néanmoins contestée en doctrine).

⁴⁵ Jäger, *loc. cit.*, p. 99 ; Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 207 N° 5.

⁴⁶ Giger, *loc. cit.*, Art. 207 N° 24.

par son propre comportement, causé des détériorations *essentielles* à la chose vendue ⁴⁷.

3. — L'aliénation ou la transformation de la chose vendue

(a) *L'aliénation de la chose vendue*

Il s'agit des cas où l'acheteur vend la chose à un tiers. Par aliénation, on n'entend non seulement le transfert de propriété, mais également toute charge qui a pour conséquence une dépréciation substantielle de la chose ⁴⁸. L'aliénation de la chose vendue ne doit pas être due à une faute de l'acheteur au sens technique du terme, mais à un *comportement* de celui-ci, ou d'une personne pour laquelle il répond. Pour qu'il y ait exclusion de la responsabilité, il suffit, d'après la loi, que l'acquéreur ait aliéné l'objet de la vente sans connaissance du défaut ⁴⁹. Si l'acheteur l'a fait en connaissant le défaut, il y a alors une véritable renonciation à la résolution ⁵⁰.

D'une manière générale, on doit admettre que l'acheteur qui a aliéné la chose ne perd cependant pas définitivement son droit à la résolution. S'il entre en possession de la chose notamment à la suite de la résolution de la deuxième vente, son droit à la résolution de la première vente reste intact (sous réserve des autres conditions : avis de défauts, prescription, etc.).

En effet, on doit admettre que le droit de l'acheteur de demander la résolution n'est pas définitivement perdu lorsqu'il aliène la chose et qu'il retrouve ce droit alors qu'il est à nouveau en mesure de restituer au vendeur les marchandises dans l'état où il les avait reçues. Peu importe qu'entre la livraison de la chose et la résolution du contrat, l'objet vendu ait temporairement changé de propriétaire ⁵¹.

Une interprétation restrictive de l'art. 207 al. 3 CO s'impose notamment au regard de l'art. 208 al. 2 CO. Cette disposition concerne, entre autres, le remboursement par le vendeur des frais de procès ⁵² entre l'acheteur et un tiers. Quelle est alors la portée de cette disposition si on interprète largement l'art. 207 al. 3 CO et si on supprime toute résolution du contrat en cas d'aliénation de la chose vendue ? Cela suppose bien entendu que l'acheteur-revendeur dispose contre le dernier acheteur d'une action en retransmission de la chose vendue.

⁴⁷ Giger, *loc. cit.*, Art. 207 N° 24-26 ; Furrer, *loc. cit.*, p. 66 ; Amaudruz, *loc. cit.*, p. 125.

⁴⁸ Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 207 N° 7 ; Giger, *loc. cit.*, Art. 207 N° 33.

⁴⁹ Giger, *loc. cit.*, Art. 207 N° 31.

⁵⁰ Giger, *loc. cit.*, Art. 207 N° 50 ss.

⁵¹ Heim, *loc. cit.*, p. 19.

⁵² Voir *infra*, p. 135 ss.

(b) *La transformation de la chose vendue*

La transformation de la chose vendue est à prendre en considération eu égard à la possibilité de restitution de la chose vendue. On doit tenir compte de l'*Umbildung*, de la *Verarbeitung*, mais également de la *Verbindung* et de la *Vermischung* de la chose. Ne sont pas considérées comme des transformations les modifications apportées à l'état ou la substance des marchandises dans le cadre d'un examen de la chose⁵³, ni celles dues à l'usage normal de l'objet.

La transformation doit être due à un comportement (et non à une faute de l'acheteur). Enfin, la transformation *essentielle* de la chose ne dépend pas de la connaissance ou de l'ignorance du défaut⁵⁴.

E LA RÉOLUTION PARTIELLE

La résolution partielle, consacrée à l'art. 209 CO, constitue également une limite au choix de l'acheteur. Le principe de la résolution partielle se présente en quelque sorte comme une tendance au maintien du contrat⁵⁵, le législateur voulant préserver les intérêts de l'acheteur et du vendeur.

Mais ce principe est — comme toutes les dispositions sur la garantie — de nature dispositive et peut être modifié par convention entre les parties⁵⁶. Des accords contraires, prévoyant, par exemple, que les pièces défectueuses seront remplacées, sont tout à fait permis⁵⁷.

I. *Le principe de la résolution partielle*

Lorsque la vente porte sur plusieurs choses à la fois ou sur un ensemble de pièces, la résolution ne peut être que partielle, c'est-à-dire qu'elle ne peut porter que sur les pièces défectueuses⁵⁸. Toutefois, par pièces défectueuses, il ne faut pas entendre toutes les parties physiquement séparées, mais uniquement les unités de marchandises conformes aux usages d'affaires (*verkehrsmässige Wareneinheiten*)⁵⁹; ainsi, dans le

⁵³ Amaudruz, *loc. cit.*, p. 126; Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 207 N° 10.

⁵⁴ Giger, *loc. cit.*, Art. 207 N° 27 s.

⁵⁵ von Büren II, *loc. cit.*, p. 39.

⁵⁶ Furrer, *loc. cit.*, p. 70; Tandogan, *loc. cit.*, p. 79.

⁵⁷ Becker, *loc. cit.*, Art. 208 N° 1.

⁵⁸ Art. 209 al. 1 CO.

⁵⁹ Becker, Art. 209 N° 2: « als Stücke gelten nämlich nicht alle physisch gesonderten Teile, sondern die vorkehrmässigen Wareneinheiten. » Voir ATF 91 (1965) II 356 = JT 1966 I p. 258, où le Tribunal fédéral a jugé que par « pièces défectueuses », il fallait entendre non pas les coupons de soie, mais les balles de coupons de soie. Giger, *loc. cit.*, Art. 209 N° 9.

commerce de gros, la douzaine de gants et de cravates, les cent vingts douzaines d'œufs, etc., doivent être comprise comme des unités de marchandises.

Eu égard à la résolution partielle, il faut distinguer la vente portant sur plusieurs choses à la fois (*zusammenverkauften Sachen*) et la vente d'un ensemble de pièces (*verkaufte Gesamtsache*). Dans le premier cas, il s'agit de choses qui ne vont pas objectivement ensemble, mais qui sont délivrées ensemble au vendeur ; il y a donc plusieurs choses vendues et la résolution ne portera que sur la chose défectueuse, et non sur l'ensemble des choses livrées constituant l'objet de la vente.

Dans le second cas, il s'agit de la vente d'un ensemble de pièces qui constituent une chose vendue. Ce sont, par exemple, une bibliothèque, un troupeau de vaches ou de moutons, un entrepôt de marchandises, une ménagerie⁶⁰. Quand une des pièces de la chose vendue présente des défauts, la résolution ne s'applique qu'à la pièce défectueuse⁶¹.

Pour établir la part du prix qui doit être restituée, il faut procéder à une ventilation entre la valeur afférente aux choses défectueuses et celle afférente aux choses conformes. On établit le rapport entre ces deux éléments et on réduit le prix global en proportion⁶².

II. Les exceptions au principe de la résolution partielle

Dans certains cas, la résolution partielle n'est pas possible et le juge devra prononcer la résolution intégrale.

1. — Les choses ou pièces homogènes

Il s'agit de choses ou de pièces qui sont vendues ensemble, qui ne peuvent être séparées et dont aucune n'apparaît comme la chose principale (*zusammengehörige Sachen*)⁶³. Ainsi, une paire de chevaux de labour, un assortissement de marchandises, un service de table complet, ne peuvent faire l'objet d'une résolution partielle⁶⁴. Il faut distinguer, dans ce cadre, deux cas :

(a) La séparation des choses ou des pièces n'est pas possible sans préjudice pour l'une des parties⁶⁵. Un préjudice existe si la pluralité

⁶⁰ Baur, *loc. cit.*, p. 47.

⁶¹ Voir ATF 91 (1965) II 356 = JT 1966 I p. 258. *Contra* : Jäger, *loc. cit.*, p. 120, qui admet dans ce cas la résolution intégrale de la vente.

⁶² Voir § 471 BGB.

⁶³ Tandogan, *loc. cit.*, p. 79 ; Becker, *loc. cit.*, Art. 209 N° 4 ; Furrer, *loc. cit.*,

⁶⁴ Un prix unique est également un indice pour l'application de l'art. 209 al. 2 CO. Voir Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 209 N° 2. *Contra* : Furrer, *loc. cit.*, p. 70.

⁶⁵ Tandogan, *loc. cit.*, p. 79 ; Furrer, *loc. cit.*, p. 70 ; Becker, *loc. cit.*, Art. 209 N° 4 ; la partie qui se rapporte à la résolution intégrale doit prouver le préjudice que lui causerait la séparation des pièces et des choses. Voir Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 209 N° 3.

de choses ne possède pas la valeur qui doit lui revenir proportionnellement ou si elle est considérablement diminuée dans son utilité ; il en est de même, dans le cas d'un ensemble de pièces défectueuses, si l'acheteur ne peut pas utiliser la partie restante ou si le vendeur ne peut pas réemployer la partie résolue ⁶⁶.

La résolution intégrale devra également être accordée si la séparation entre les pièces défectueuses et les pièces correctes demande beaucoup trop de temps. Ainsi, le Tribunal fédéral ⁶⁷ a jugé l'affaire suivante :

Un vendeur livre 1202 siphons ; l'acheteur examine l'état de 70 d'entre eux et en trouve 31 défectueux. On en déduit que 44 % de la livraison (1202 pièces) est défectueuse. Le Tribunal fédéral a admis, dans ce cadre, la résolution intégrale ; en effet, d'une part, s'agissant de la livraison d'objets nombreux, l'acheteur peut n'opérer la vérification que sur un certain nombre ; d'autre part, la résolution partielle exige qu'on puisse aisément séparer les objets défectueux des autres ; pour ce faire, il faudrait examiner toutes les pièces, ce qui entraînerait un trop gros sacrifice de temps et d'argent ⁶⁸.

- (b) D'après la volonté des parties au moment de la conclusion du contrat, les pièces distinctes ou les diverses choses doivent partager le même sort juridique ⁶⁹. La partie qui réclame la résolution intégrale doit prouver que la volonté des parties voulait en faire une chose homogène. La volonté sera dans ce sens admise si l'interprétation du but du contrat rapporte que les cocontractants voulaient conclure uniquement sur la base d'une « *Zusammenbleiben* » de la chose ⁷⁰.

2. — Les choses principales et les choses accessoires

Si l'objet comprend une chose principale et des accessoires, l'art. 209 al. 3 CO dispose que la résolution qui porte sur la chose principale s'étend aux accessoires, même s'ils ont été vendue pour un prix distinct ⁷¹.

⁶⁶ Furrer, *loc. cit.*, p. 70 ; Giger, *loc. cit.*, Art. 209 N° 10.

⁶⁷ ATF 34 (1908) II 701, not. 708.

⁶⁸ On peut toutefois se demander si l'acheteur consent à la séparation lorsqu'il entreprend un travail de séparation ; voir Becker, *loc. cit.*, Art. 209 N° 6. Le Tribunal fédéral a admis la résolution partielle, rejetant l'idée que la séparation des balles de coupons de soie causerait un préjudice notable au vendeur.

⁶⁹ Il ne s'agit pas de conditions cumulatives, mais de conditions alternatives ; voir Furrer, *loc. cit.*, p. 70. *Contra* : Becker, *loc. cit.*, Art. 209 N° 4 ; Tandogan, *loc. cit.*, p. 79.

Il faut bien admettre que la première condition englobe la deuxième. Toutefois, même en l'absence de préjudice notable causé par la séparation, le juge prononcera la résolution intégrale si, d'après la volonté des parties au moment de la conclusion du contrat, les choses ou pièces doivent suivre le même sort juridique.

⁷⁰ Furrer, *loc. cit.*, p. 70 ; Giger, *loc. cit.*, Art. 209 N° 10.

La loi ne donne aucune précision sur la notion de choses principales et d'accessoires⁷². Par accessoires, il faut entendre les choses secondaires (*Nebensache*), c'est-à-dire non seulement les accessoires au sens strict du mot (*Zugehör*), mais également les autres choses qui, d'après les circonstances, n'auraient pas été achetées sans la chose principale⁷³.

La situation des choses accessoires et des choses principales dépend du degré de dépendance d'une chose à l'autre. La dépendance économique conditionne la dépendance juridique⁷⁴ ; d'une manière générale, le rapport entre les choses principales et les accessoires doit être examiné d'après l'appréciation des circonstances concrètes⁷⁵.

III. *Le contrat de vente à livraisons successives*

Le principe de la résolution partielle s'applique également aux ventes à livraisons successives. La défectuosité de quelques livraisons autorise l'acheteur à demander la résolution du contrat uniquement pour ces livraisons⁷⁶. Une homogénéité des livraisons est extrêmement rare dans ce type de vente.

Toutefois, le juge prononcera la résolution intégrale du contrat de vente à livraisons successives si la défectuosité d'une livraison implique la défectuosité des autres ou l'impossibilité d'exécution du vendeur⁷⁷.

⁷¹ Mais si la résolution partielle porte sur des accessoires, la chose principale ne sera pas concernée.

⁷² Tandogan, *loc. cit.*, p. 79.

⁷³ Becker, *loc. cit.*, Art. 209 N° 3.

⁷⁴ Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 209 N° 4.

⁷⁵ Furrer, *loc. cit.*, p. 70.

⁷⁶ Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 209 N° 5 ; ATF 26 (1900) II 711, not. 716 = JT 1901 p. 291 ; Becker, *loc. cit.*, Art. 209 N° 6, qui précise que l'art. 209 al. 2 CO n'est pas applicable aux ventes à livraisons successives à cause de l'absence de volonté des parties, selon laquelle toutes les choses doivent partager le même sort. ATF 22 (1896) 507, not. 513 = JT 1903 p. 354. Voir Giger, *loc. cit.*, Art. 209 N° 14.

⁷⁷ Il s'agit de cas de violations positives du contrat ; voir Becker, *loc. cit.*, Art. 209 N° 6 ; ATF 26 (1900) II 711, not. 716 = JT 1901 p. 291 ; ATF 28 (1902) II 503, not 511 = JT 1903 p. 354. Voir Giger, *loc. cit.*, Art. 209 N° 14.

CHAPITRE III

LES EFFETS DE LA RÉOLUTION

En cas de résolution de la vente, les parties doivent être remises dans la situation où elles se seraient trouvées si le contrat n'avait pas été conclu¹ ; les parties doivent donc se restituer les prestations reçues².

A LA REMISE DE LA CHOSE VENDUE

I. *La restitution de la chose*

L'acheteur a l'obligation de restituer la chose défectueuse au vendeur. Cette règle découle du principe selon lequel l'acheteur ne doit tirer aucun profit de la résolution³. Si la chose a péri par suite de ses défauts ou par cas fortuit, l'acheteur ne devra rien restituer ou restituer ce qu'il reste de la chose vendue si la destruction est partielle⁴.

La restitution de l'action est une action en retransmission de la propriété⁵ mobilière ou immobilière, la résolution enlevant à la disposition la cause *ex nunc* avec effet *ex tunc*. L'acheteur ayant valablement

¹ ZR 57 (1958) p. 112 N° 46 ; voir *supra*, p. 21 ss.

² Rappelons que, vu la résolution, le rapport contractuel est transformé en un rapport de liquidation des effets du contrat au sens des art. 62 ss. Voir *supra*, p. 21 ss. Ulpian (1.1.21 pr. D. 21, 1) définit ainsi l'action rédhibitoire : « facere ut ursur habeat venditor quod habuerit et quia reddendo id fiebat idcirco redhibito est appellata quasi redditio. » A noter que dans la doctrine allemande, on ne sait pas d'où vient le terme « Wandelung » ! Voir Jäger, *loc. cit.*, p. 48.

³ Jäger, *loc. cit.*, p. 98 ; Oels, *loc. cit.*, p. 35.

⁴ Art. 207 al. 1 et 2 CO. Voir Rep. 59 (1926) pp. 52, où la chose vendue disparut pendant le transport, probablement à la suite d'un vol. La perte de la chose découle dans ce cas du fait d'un tiers dont l'acheteur ne répond pas (sorte de cas fortuit) ; l'acheteur doit alors céder au vendeur ses droits contre l'entreprise de transport, ceci conformément à l'art. 207 al. 2 CO.

⁵ von Büren, *loc. cit.*, II, p. 39, note 163 ; Jäger, *loc. cit.*, p. 106 ; Keppler, *loc. cit.*, p. 53 ; Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 208 N° 4, en se référant aux art. 62 ss. CO. *Contra* : Simonius, *loc. cit.*, p. 53 ss. ; Giger, *loc. cit.*, Art. 208 N° 8 ; Cavin, *loc. cit.*, p. 97.

acquis la propriété sur la chose vendue et la résolution n'annulant pas le transfert de propriété, le vendeur disposera contre son acheteur d'une action en retransmission de la propriété.

Il s'agit d'un cas d'application de l'enrichissement illégitime (*condictio ob causam finitam*, art. 62 al. 1, al. 2, 3^e hypothèse). Cette action se prescrit par une année, après que le vendeur a eu connaissance de son action, c'est-à-dire une année après le jugement de résolution, selon l'art. 67 CO⁶.

II. La remise des profits de la chose

L'acheteur doit également restituer au vendeur les profits qu'il a tirés de la chose. Dans le code de 1881, on parlait de « *Zuwachs und Früchten* » ; mais lors de la révision de 1911, le législateur a préféré employer le terme « *Nutzen* » pour être en harmonie avec le Code civil. Sous la notion de « profits », on doit non seulement entendre les fruits naturels au sens de l'art. 643 al. 2 CCS, mais également tous les « *Zivilfrüchte* » comme les intérêts de bail, de prêt, si l'acheteur a laissé la jouissance de la chose à des tiers⁷.

A la différence de la garantie en cas d'éviction totale (art. 195 al. 1, ch. 1 CO), la loi précise que l'acheteur doit restituer les profits qu'il a tirés de la chose, mais ne mentionne pas si les profits qu'il a négligés de percevoir doivent être également restitués. La doctrine⁸ en a déduit que l'acheteur ne devait restituer que les profits qu'il a tirés (« *wirklich bezogene Nutzen* ») de la chose.

Toutefois, l'art. 208 al. 1 CO a la même teneur que l'art. 196 al. 3 CO. Néanmoins, il ne fait pas de doute que le législateur a voulu accorder à la résolution pour éviction partielle les mêmes effets qu'à la résolution pour éviction totale ; l'art. 196 al. 3 CO concerne donc également « *les profits que l'acheteur a négligé de percevoir* ».

Une telle solution s'impose également dans le cadre de l'art. 208 al. 1 CO⁹. D'autre part, si l'acheteur doit être considéré, d'une manière générale, comme un possesseur de bonne foi¹⁰, il devient possesseur de mauvaise foi (art. 940 al. 1 CO et art. 3 al. 2 CCS) à partir du moment où il connaissait ou aurait dû connaître le défaut justifiant la résolution

⁶ En effet, la prescription décennale que prévoit le Tribunal fédéral serait tout au plus applicable aux actions édiliciennes de l'acheteur, mais non à l'action en restitution de la chose du vendeur ; voir *supra*, p. 27 ss.

⁷ Baur, *loc. cit.*, p. 51

⁸ Furrer, *loc. cit.*, p. 69 ; Baur, *loc. cit.*, p. 51 ; Becker, *loc. cit.*, Art. 208 N° 2.

⁹ Jäger, *loc. cit.*, p. 102.

¹⁰ Baur, *loc. cit.*, p. 51 ; Becker, *idem*.

et donc l'obligation de restitution de la chose ; dans ce cas, l'acheteur doit restituer au vendeur les profits qu'il a négligé de percevoir ¹¹.

En cas de choses non frugifères (voitures...), le vendeur pourra réclamer à l'acheteur une indemnité convenable et proportionnée, conforme à l'usage local ¹². Ainsi, en cas de résolution de la vente d'une automobile, les profits consisteront dans l'avantage de l'acheteur à avoir utilisé cette voiture pendant un certain temps, sans voir son patrimoine diminué par l'usure de la machine ¹³. Toutefois, le profit que l'acheteur a tiré de l'usage de la chose devra être estimé plus bas qu'un loyer ¹⁴, car l'indemnité pour l'usage admissible que l'acheteur a pu faire de l'objet ne doit pas comporter d'éléments de bénéfice pour le vendeur ¹⁵. Il faut néanmoins préciser que, dans ce cas, le vendeur répondra des coûts d'entretien, de subsistance et des soins que l'acheteur a apportés à la chose.

La restitution de l'objet de la vente avec profits s'opère *trait pour trait* (ou plutôt « coup par coup ») ¹⁶ avec la restitution du prix payé, le remboursement des impenses et le paiement de dommages-intérêts que le vendeur doit à l'acheteur ¹⁷. La restitution de la chose vendue a donc lieu *trait pour trait* avec les prestations du vendeur, l'art. 82 CO trouvant son application. Aussi longtemps que le vendeur n'a pas exécuté ses obligations, l'acheteur n'a pas à restituer la chose défectueuse. La restitution de la chose apparaît comme une dette quérable, l'obligation du vendeur étant une dette portable ¹⁸ ; ce dernier doit donc apporter à l'acheteur le prix payé, et c'est à ce moment que celui-ci lui restituera l'objet de la vente ¹⁹.

¹¹ Il s'agit des profits que l'acheteur a négligé (par simple faute légère) de percevoir. Voir Uktu Kemalettin, La restitution de la possession, selon les art. 938-940 CCS, thèse Genève 1939, p. 94 ss., Stark Emile, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd IV : Sachenrecht, 3. Abteilung : Besitz und Grundbuch, 1. Teilband, der Besitz, Art. 940 N° 21 ss.

Contra : Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 196 N° 4 ; Furrer, *loc. cit.*, p. 25 note 33 pour lesquels il s'agit de la faute grave du possesseur.

¹² Furrer, *loc. cit.*, p. 69 ; Amaudruz, *loc. cit.*, p. 118 ; Giger, *loc. cit.*, Art. 208 N° 22.

¹³ SemJud 77 (1955) p. 97 ; SemJud 81 (1959) p. 387. L'équivalent du profit retiré par le vendeur devra être imputé sur la somme dont le vendeur doit opérer la restitution du fait de l'action rédhibitoire.

¹⁴ SemJud 77 (1955) p. 97.

¹⁵ Heim, *loc. cit.*, p. 18.

¹⁶ Voir *supra*, p. 27.

¹⁷ Katz, *loc. cit.*, p. 75 ; Jäger, *loc. cit.*, p. 107 ; Furrer, *loc. cit.*, p. 69 ; Becker, *loc. cit.*, Art. 208 N° 3 ; Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 208 N° 4 ; Giger, *loc. cit.*, Art. 208 N° 11. Mais les parties, par convention, peuvent en convenir autrement.

¹⁸ Baur, *loc. cit.*, p. 46.

¹⁹ Toutefois, l'acheteur peut renvoyer la chose au domicile du vendeur, aux frais et risques de ce dernier ; Becker, *loc. cit.*, Art. 208 N° 3.

B LA RESTITUTION DU PRIX AVEC INTÉRÊTS

Le vendeur doit restituer le prix qu'il a reçu de l'acheteur ; il doit restituer également les intérêts qu'il a obtenus, ceci en vertu du principe que personne ne doit tirer profit de la résolution ²⁰.

L'action en restitution du prix payé présente un cas d'application de l'enrichissement illégitime (art. 62 ss. CO) ; la cause a cessé d'exister (art. 62 al. 2, 3^e hypothèse) et le vendeur se trouve injustement enrichi. Mais la restitution ne se fait pas selon les règles sur l'enrichissement illégitime, le législateur l'ayant prévu à une règle spéciale (art. 208 al. 2 CO) ²¹. D'autre part, il importe peu que le vendeur se trouve encore en possession de l'argent versé par l'acheteur ; son obligation de restitution est indépendante de sa position d'enrichissement ²².

Le droit de restitution du prix ne s'éteint pas avec l'impossibilité non fautive de restitution de la chose de la part de l'acheteur (art. 207 al. 1 CO). Il n'y aura pas de réduction à la restitution du prix si l'objet du contrat subit une moins-value à la suite d'une utilisation de la chose conforme aux règles ; par contre, il y a lieu d'admettre une réduction si l'utilisation n'a pas été conforme aux règles établies ²³.

Le vendeur doit restituer les intérêts ; s'il n'y a aucune convention entre les parties sur le montant des intérêts, ceux-ci sont déterminés par l'art. 73 CO (5 %). Au cas où le vendeur a récolté des intérêts supérieurs à ceux convenus ou à ceux prévus par la loi, il n'est pas tenu de rendre à l'acheteur le surplus de ce qu'il a récolté ²⁴. L'action en remboursement du prix se prescrit une année à partir du jugement de résolution (ou de l'actus contrarius) (art. 67 CO), sauf si l'acheteur intente une action en remboursement du prix en même temps que l'action en résolution, auquel cas le délai de prescription est de dix ans, en vertu de l'art. 137 al. 2 CO.

²⁰ Jäger, *loc. cit.*, p. 103 ; l'acheteur aurait également obtenu des intérêts s'il avait placé cet argent.

²¹ L'action en restitution du prix payé sera intentée, dans le même procès, à côté de l'action réhabilitaire et de l'action en réparation du dommage.

²² L'art 64 CO ne s'applique pas ; voir Baur, *loc. cit.*, p. 46. Le problème a toutefois peu d'importance, l'acheteur pouvant toujours réclamer sur la base de l'art. 208 al. 2, 2^e phrase (dommage direct) la partie du prix qui n'aura pas été prise en considération dans l'art. 208 al. 2, 1^{re} phrase CO ; Giger, *loc. cit.*, Art. 208 N° 27.

²³ Furrer, *loc. cit.*, p. 67 ; Giger, *loc. cit.*, Art. 208 N° 25 ; l'acheteur qui intente une action en résolution du contrat est en droit d'obtenir du vendeur la production des pièces nécessaires pour établir si le prix convenu a bien été établi sur les bases indiquées dans le contrat. Voir Semjud 91 (1971) p. 165.

²⁴ Baur, *loc. cit.*, p. 52. Ceci ne contredit pas le principe général selon lequel personne ne doit tirer profit de la résolution, car celle-ci a été demandée par l'acheteur.

C LE REMBOURSEMENT DES IMPENSES

L'art. 208 al. 2 CO prévoit que le vendeur doit restituer à l'acheteur les impenses que ce dernier a effectuées. Il s'agit non seulement des impenses nécessaires et utiles, mais également toutes les autres impenses effectuées, même si elles sont luxueuses²⁵. L'acheteur doit démontrer quelles dépenses il a faites. D'autre part, il faut éviter que l'acheteur ne demande la résolution que pour se voir dédommagé des nombreuses dépenses qu'il aurait pu faire sur l'objet de la vente²⁶.

Il s'agit des frais d'entretien ou de réparation, bref, de tous frais faits pour la protection de la chose²⁷. Par impenses, on entend notamment les frais de transport et de douane, les frais de déchargement, de stock ou d'entrepôt²⁸, les frais d'examen de la chose pour les défauts²⁹, les pertes de cours sur le prix de vente en cas de monnaie étrangère³⁰.

Toutefois, avec Schubiger, on doit admettre que si l'art. 208 al. 2 CO déclare que « *le vendeur doit réparer les impenses, les frais de procès et le dommage...* », cela ne suppose nullement que les impenses soient des facteurs qui se tiennent nécessairement hors du dommage. Il s'agit purement ou simplement d'une mention particulière du dommage direct³¹. En effet, si l'on distingue séparément les impenses d'un côté et le dommage direct de l'autre, on risque de ne plus rien trouver sous le poste concernant le dommage direct !

D LES FRAIS DE PROCÈS

Il s'agit, comme pour l'éviction totale, des frais de procès judiciaire ou extrajudiciaire³². N'entrent en considération que les frais de procès entre l'acheteur et des tiers, et non entre l'acheteur et le vendeur³³.

²⁵ Furrer, *loc. cit.*, p. 68 ; Jäger, *loc. cit.*, p. 103 ; Giger, *loc. cit.*, Art. 208 N° 40 ; Cavin, *loc. cit.*, p. 99.

²⁶ Jäger, *idem*.

²⁷ Furrer, *loc. cit.*, p. 68.

²⁸ ATF 34 (1908) II 709.

²⁹ ATF 34 (1908) II 710.

³⁰ ATF 47 (1921) II 85 = JT 1921 I 366. Il s'agit de tous les « Unterhaltskosten » ; voir Becker, *loc. cit.*, Art. 195 N° 4 et Art. 208 N° 5.

³¹ Schubiger, *loc. cit.*, p. 68, qui démontre que ceci résulte de la formulation de l'art. 195 al. 1 CO, laquelle est reprise par l'art. 208 al. 2 CO. Le ch. 2 de l'art. 195 al. 1 parle de la réparation des impenses, le ch. 3 de la réparation des frais de procès, et le ch. 4 de la réparation des *autres* dommages-intérêts. L'art. 195 al. 1 ch. 4 CO n'emploierait guère cette formule au cas où les impenses et frais de procès n'appartiendraient pas au dommage direct. Voir Giger, *loc. cit.*, Art. 208 N° 30.

³² Furrer, *loc. cit.*, p. 68, qui renvoie, à juste titre, à l'art. 195 al. 1 ch. 3 ; Giger, *loc. cit.*, Art. 208 N° 41.

³³ ... qui sont réglés selon les règles de procédure cantonale. Voir ATF 79 (1953) II 376. *Contra* : Martin, *loc. cit.*, p. 43.

Il s'agit des frais de procès antérieur que l'acheteur a dû soutenir contre des tiers (par exemple, contre la personne à qui il a revendu la chose défectueuse)³⁴. Cet aspect du problème montre clairement que l'acheteur qui a aliéné la chose défectueuse n'est pas définitivement déchu de son droit de résolution et qu'il retrouve ce droit sitôt qu'il est en mesure de restituer la marchandise au vendeur. Ainsi, X vend une chose à Y qui la revend à Z ; celui-ci découvre un défaut et attaque Y en réhibition. Celui-ci appelle en cause X. Z obtient la résolution de la vente et Y l'obtient lui-même dans son rapport avec X. Dans ce cas, Y pourra réclamer à X le remboursement de ses frais de procès contre Z³⁵.

Comme dans le cadre des impenses, les frais de procès constituent une sorte de dommage direct ; en effet, si on refuse une telle interprétation, il y a tout lieu de croire que l'art. 208 al. 2, première phrase (remboursement des impenses et des frais de procès) ferait double emploi avec l'art. 208 al. 2, seconde phrase (réparation du dommage direct)³⁶.

³⁴ Le problème prend une dimension particulière dans la responsabilité du fabricant.

³⁵ Voir à ce sujet Heim, *loc. cit.*, p. 19. Voir *supra*, p. 125.

³⁶ Voir Heim, *idem*.

CHAPITRE IV

LES DOMMAGES-INTÉRÊTS

A INTRODUCTION

Les dommages-intérêts dus à l'acheteur à la suite de l'action rédhibitoire constituent un des points les plus controversés et les plus nébuleux du droit de la vente. Nous abordons ici un domaine épineux et délicat, que la doctrine et la jurisprudence ont essayé — en vain — de clarifier. Après avoir dégagé une solution qui nous apparaît avoir le mérite d'être dogmatiquement logique, nous procéderons à quelques considérations de *lege ferenda* en vue de pallier les insuffisances de la loi et les résultats inévitables auxquels pourrait nous conduire notre raisonnement dogmatique.

Tout d'abord, dans le cadre de l'art. 208 al. 2 et 3 CO, il nous semble indispensable de dégager clairement trois paires de notions :

I. *L'intérêt négatif et l'intérêt positif*

1.— L'intérêt positif (ou dommages-intérêts positifs) est l'intérêt à l'exécution du contrat¹. La réparation de l'intérêt positif a lieu quand le contrat est maintenu, mais au lieu de demander l'exécution, le créancier réclame des dommages-intérêts pour inexécution². Pour calculer le dommage, il faut établir la différence entre la situation du patrimoine de la partie lésée telle qu'elle apparaît à la suite de l'inexécution, et la situation hypothétique du patrimoine telle qu'elle serait si le contrat avait été valablement exécuté.

L'intérêt positif comprend le *damnum emergens*³ et le *lucrum cessans*, qui correspond au gain manqué que l'acheteur aurait réalisé, par exemple en revendant la chose défectueuse⁴.

¹ Sur la notion de l'intérêt positif, voir *supra*, p. 39 ss.

² Schubiger, *loc. cit.*, p. 70.

³ Le *damnum emergens* n'inclut pas les frais de conclusion du contrat. *Contra* : Simonius, *loc. cit.*, p. 249.

⁴ Voir *supra*, p. 40 s.

2.— L'intérêt négatif (ou dommages-intérêts négatifs) est l'intérêt du créancier à ne pas avoir conclu le contrat. Dans notre cadre, c'est le dommage résultant pour le créancier de la résolution du contrat vicié. Pour calculer ce dommage, on établit la différence entre le patrimoine de la partie lésée tel qu'il existe actuellement et le patrimoine tel qu'il existerait si le contrat n'avait jamais été conclu ⁵.

L'intérêt négatif englobe le *damnum emergens* et le *lucrum cessans* ; toutefois, il ne peut s'agir du *lucrum cessans* sur la même affaire — auquel cas il y aurait réparation de l'intérêt positif —, mais du *lucrum cessans* sur d'autres affaires ⁶.

II. *Damnum emergens* ou *lucrum cessans*

1.— Le *damnum emergens* (perte effective) est la diminution effective de la fortune nette, qui se présente sous la forme d'une diminution de l'actif (destruction d'une chose, dépenses effectuées, etc.) ou de l'augmentation du passif (dettes envers un tiers, factures à payer, etc.) ⁷.

2.— Le *lucrum cessans* (gain manqué) est la perte de gain que subit l'acheteur du fait de la livraison de la chose défectueuse. Ainsi, un grossiste vend à un commerçant une certaine quantité de marchandises. Celles-ci sont défectueuses ; le commerçant qui demande l'action rédhibitoire pourra réclamer le gain qu'il aurait réalisé s'il avait contracté avec un autre grossiste ⁸.

III. *Dommage direct et dommage indirect*

La distinction entre le dommage *direct* et le dommage *indirect* n'est en réalité qu'« une survivance dans notre droit » ⁹. Dans le Code de 1881, le législateur avait prévu la distinction entre ces deux notions. On entendait par dommage direct « celui qui résulte de la perte de la chose due ou du défaut de la prestation, pris en eux-mêmes » ; le dommage indirect correspondait à « celui qui se produit du fait de la relation qui existe entre la chose ou la prestation et d'autres rapports de droits patrimoniaux du créancier » ¹⁰.

L'actuel Code des obligations ne fait plus la distinction entre le dommage direct et le dommage indirect ; toutefois, le législateur de 1911

⁵ Sur l'intérêt négatif, voir *supra*, p. 44 ss.

⁶ Voir *supra*, p. 48 ss.

⁷ Engel, *loc. cit.*, p. 324 ; voir également *supra*, p. 40 s., 47 s.

⁸ Sur la question de savoir s'il s'agit d'un dommage direct ou indirect, voir *infra*, p. 143.

⁹ Cuendet, *loc. cit.*, p. 68.

¹⁰ Cuendet, *loc. cit.*, p. 68-69. On définit également le dommage indirect comme « le dommage causé par l'acte incriminé combiné avec d'autres événements ». Voir Piotet, *loc. cit.*, p. 86, note 244.

a maintenu cette distinction aux art. 195, 208 et 537 CO ¹¹. Il règne dans la doctrine une étonnante controverse quant à la réparation du dommage direct et du dommage indirect ; la doctrine et la jurisprudence sont divisées sur le problème de savoir ce qui doit être réparé dans le cadre de l'art. 208 al. 2 CO et de l'art. 208 al. 3 CO.

La majorité de la doctrine ¹² ainsi que la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral ¹³ utilisent les notions d'intérêt négatif / intérêt positif comme critères de distinction du dommage direct et du dommage indirect. Ainsi, par réparation du dommage direct, on entend la réparation de l'intérêt négatif (*damnum emergens* uniquement), et par réparation du dommage indirect, la réparation de l'intérêt positif (*damnum emergens* et *lucrum cessans*).

Amaudruz ¹⁴ préconise, comme critère de distinction, l'utilisation de la chose conformément à sa destination habituelle et convenue. Le dommage résultant directement de la livraison des choses défectueuses est le dommage que subit l'acheteur en ne pouvant utiliser les marchandises conformément à leur destination normale ou prévue, le dommage indirect étant alors causé par l'utilisation ou la consommation des marchandises. Toutefois, la thèse d'Amaudruz ne résiste pas à un examen approfondi du problème et l'auteur lui-même reconnaît la fragilité de son critère de distinction. Ainsi, un acheteur, consommant un poulet, s'empoisonne ; il soutiendra qu'il ne peut utiliser la marchandise conformément à sa destination habituelle, puisqu'il est tombé malade, alors que le vendeur dira que le dommage est consécutif à l'utilisation, ce qui est juste : selon les critères posés par Amaudruz, il s'agirait alors d'un dommage indirect !

Certains auteurs ¹⁵, suivant Simonius, refusent de dégager des critères de distinction et accordent au juge un pouvoir d'appréciation lui permettant de mesurer la réparation qu'il accordera, dans le cadre de l'art. 208 al. 2 et 3 CO, compte tenu des règles de la bonne foi, de l'équité. Une telle solution laisse toutefois un trop grand pouvoir d'appréciation au juge.

¹¹ A noter que les droit étrangers (américain, français et allemand) ne font pas cette distinction.

¹² Oser-Schönenberger, art. 195 N° 7-8, art. 208 N° 5-7 ; von Büren II, *loc. cit.*, p. 42 ; Baldi, *loc. cit.*, p. 54 ; Keller, *Haftpflicht...*, *loc. cit.*, p. 39, 333 ; Cavin, *loc. cit.*, p. 101 ; Baur, *loc. cit.*, p. 59-60 ; Keller, *loc. cit.*, p. 223-226.

¹³ ATF 79 (1953) II 376, implicitement puisque le Tribunal fédéral admet que le *lucrum cessans* ne peut être réparé qu'en vertu de l'art. 208 al. 3 CO, le *damnum emergens* étant toujours un dommage direct au sens de l'art. 208 al. 2 CO. Voir aussi ZBJV 77 (1941) p. 336.

¹⁴ Amaudruz, *loc. cit.*, p. 154 ss. Cet auteur voit ainsi dans l'utilisation ou la consommation de la chose vendue un élément tiers qui exclut le caractère direct du dommage. Cette opinion est toutefois intéressante dans la mesure où elle permet de faire entrer le *lucrum cessans* dans le dommage direct.

¹⁵ Simonius, *loc. cit.*, p. 256-266 ; Schubiger, *loc. cit.*, p. 77 ; Lüthi, *loc. cit.*, p. 80 ; Neuenschwander, *loc. cit.*, p. 79 s. ; Guhl-Merz-Kummer, *loc. cit.*, p. 84-87 ; Furrer, *loc. cit.*, p. 27.

Petitpierre¹⁶ admet qu'aucun critère de distinction n'est satisfaisant pour délimiter le dommage direct du dommage indirect. Toutes les hypothèses proposées aboutissent à des résultats inéquitables, la solution la plus acceptable apparaissant celle de Simonius.

A notre sens, c'est l'intensité du lien de causalité qui doit apparaître comme l'unique critère de distinction entre le dommage direct et le dommage indirect. Le dommage direct est le dommage causé exclusivement par le défaut et son utilisation normale par l'acheteur, sans le concours d'autres facteurs ou événements ; le dommage indirect est causé par l'acte incriminé, mais combiné avec d'autres événements. Mais le lien de causalité entre l'acte incriminé et le dommage existe ; il ne sera interrompu qu'en cas de force majeure, faute grave du lésé ou d'un tiers. Ainsi, un acheteur d'une voiture se casse une jambe dans un accident provoqué par le défaut de ce véhicule : il s'agit d'un dommage direct ; si à l'hôpital cette personne en essayant de marcher glisse et se casse l'autre jambe, il s'agit d'un dommage indirect.

Giger¹⁷ critique ce critère de distinction qui ne conduit à aucun résultat satisfaisant. Selon cet auteur, l'intensité du lien de causalité comme facteur de délimitation entre dommage direct et dommage indirect méconnaît les difficultés qui peuvent surgir de la prise en compte du *lucrum cessans*. Le commentateur propose d'appliquer les notions de *damnum emergens* et *lucrum cessans* comme critère de délimitation, rejoignant ainsi la solution de la majorité de la doctrine.

Il nous semble pourtant manifeste que la distinction entre les dommages direct et indirect porte avant tout sur l'intensité du lien de causalité adéquate entre l'acte dommageable et le préjudice subi. Ce n'est pas limiter la responsabilité du vendeur que de poser un tel principe. Une fois cette question résolue, il s'agit d'examiner quelle est l'étendue de la réparation du dommage par le vendeur selon l'art. 208 al. 2 et 3 CO en tenant clairement compte des trois paires de notions dégagées ci-dessus.

¹⁶ Petitpierre, *Mélanges Deschenaux...*, *loc. cit.*, p. 338.

¹⁷ Giger, *loc. cit.*, Art. 208 N° 35, Art. 195 N° 26 ss. La prise en considération du *damnum emergens* et du *lucrum cessans* sur la même affaire, comme critère de délimitation des dommages direct et indirect, aboutit alors à admettre les notions de dommages-intérêts négatifs et dommages-intérêts positifs en tant que facteurs de distinction.

Giger, sans l'admettre expressément, rejoint ainsi l'opinion de la majorité de la doctrine et du Tribunal fédéral.

B LA RÉPARATION DU DOMMAGE DIRECT

I. *Le fondement de la responsabilité du vendeur*

L'art. 208 al. 2 CO, instituant une responsabilité causale du vendeur¹⁸, apparaît, dans le cadre de l'inexécution des obligations, comme une disposition exceptionnelle¹⁹. Le principe se justifie néanmoins, car il est équitable que celui qui vend une chose entachée de défauts réponde, même en l'absence de faute, des dépenses que l'acheteur a effectuées du fait de la livraison défectueuse²⁰. L'efficacité de la garantie serait grandement compromise si on subordonnait la responsabilité du vendeur à une faute de ce dernier²¹. Le vendeur doit savoir ce qu'il vend et il est donc juste et logique qu'il indemnise l'acheteur du dommage résultant *directement* de la livraison de marchandises défectueuses²².

Eu égard à l'étendue de la responsabilité du vendeur selon l'art. 208 al. 2 CO, nous devons nous demander si le dommage direct comprend tout le dommage causé exclusivement par le défaut de la chose vendue. Si cette solution se justifie dans le cadre des ventes entre particuliers, elle apparaît tout à fait choquante dans le domaine de la « *responsabilité des produits* ». Ainsi, un épicier vend quatre francs une boîte de conserves, sur laquelle il fait un bénéfice d'un franc. Le produit empoisonne toute une famille ; selon l'art. 208 al. 2 CO, le commerçant devra verser plusieurs millions de dommages-intérêts, correspondant à la réparation du dommage direct consécutif à l'empoisonnement²³.

¹⁸ L'art. 101 CO constitue un autre exemple de responsabilité contractuelle causale.

¹⁹ Heim, *loc. cit.*, p. 19. En effet, dans le domaine de l'inexécution des obligations, la faute du débiteur est présumée. Sa responsabilité est engagée dès qu'il y a inexécution, mauvaise exécution ou retard dans l'exécution de ses obligations. C'est au débiteur à prouver que l'inexécution ne lui est pas imputable.

²⁰ Heim, *loc. cit.*, p. 20.

²¹ On retiendra notamment la faute du vendeur s'il avait pu, avec un minimum de diligence, se rendre compte de l'existence du défaut.

²² La responsabilité du vendeur selon l'art. 208 al. 2 CO est également indépendante de toute faute de l'acheteur. Une faute concomitant de l'acheteur peut toutefois être prise en considération comme facteur de réduction des dommages-intérêts ; Cour de Justice, SemJud 91 (1969) p. 81 ss.

²³ Le vendeur devra alors supporter la totalité du dommage qui n'a en réalité aucune commune mesure avec le petit bénéfice qu'il tire de la vente. Certains auteurs ont proposé, de lege ferenda, de faire supporter le dommage direct seulement pour une partie par le dernier vendeur et pour l'autre partie par le fabricant ou l'importateur. Voir Petitpierre, *loc. cit.*, p. 145 ss., 148 ss., Spiro, Festgabe Oftinger..., *loc. cit.*, p. 258 ss. ; Schönle, *loc. cit.*, p. 485 s.

II. Intérêt positif - intérêt négatif ?

Il s'agit de déterminer quelles sortes de dommages-intérêts l'acheteur peut réclamer à son vendeur en vertu de l'art. 208 al. 2 CO.

Selon une partie de la doctrine, déjà ancienne, l'intérêt positif au contrat peut être qualifié de dommage direct²⁴. Toutefois, dans ce cadre d'idées, il y a lieu de distinguer deux opinions :

- d'une part celle de Becker²⁵, selon laquelle l'art. 208 al. 2 CO concerne l'intérêt positif, mais uniquement le *damnum emergens* (de l'intérêt positif) ;
- d'autre part, celle de von Tuhr, Oels, Jäger et de l'ancienne jurisprudence du Tribunal fédéral²⁶ selon laquelle le dommage direct concerne à la fois le *damnum emergens* et le *lucrum cessans* (ce qui aboutit en bonne logique à la réparation de l'intérêt positif)²⁷.

Quoi qu'il en soit, nous nous prononçons, avec la doctrine dominante²⁸ et le Tribunal fédéral²⁹ résolument contre une telle opinion. En effet, l'action rédhibitoire aboutit à une résolution du contrat de vente ; or, nous avons vu que résolution du contrat et réparation de l'intérêt positif sont incompatibles. Le cumul de la résolution et des dommages-intérêts positifs contient une contradiction inadmissible³⁰.

L'art. 208 al. 2 CO ne vise donc que la réparation de l'intérêt négatif. Il s'agit maintenant de savoir si le *damnum emergens* et le *lucrum cessans* (de l'intérêt négatif) peuvent être qualifiés de dommage direct au sens de cette disposition.

²⁴ Becker, *loc. cit.*, Art. 208 N° 5 et Art. 195 N° 1, 2 et 6 ; Jäger, *loc. cit.*, p. 105, n. 1 ; Oels, *loc. cit.*, p. 35 ; von Tuhr, *loc. cit.*, SJZ 18 (1922) p. 285 ss., 383.

²⁵ Becker, *loc. cit.*, *idem*.

²⁶ ATF 23 (1897) II 1091 ; ATF 24 (1898) II 62 ; ATF 26 (1900) II 739 = JT 1901 p. 287 ; ATF 14 (1888) p. 654 ss.

²⁷ Pour une critique plus approfondie de cette ancienne théorie, voir *infra*, p. 143 ss.

²⁸ Schubiger, *loc. cit.*, p. 75 s. ; Neuenschwander, *loc. cit.*, p. 80 ; Katz, *loc. cit.*, p. 75 ; Keller, *loc. cit.*, p. 332 ; Büchli, *loc. cit.*, p. 87 ; Baldi, *loc. cit.*, p. 54 ; Furrer, *loc. cit.*, p. 26-27 ; Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 195 N° 8 Art. 208 N° 5 et 6 ; Baur, *loc. cit.*, p. 60 ; von Büren II, *loc. cit.*, p. 42 ; Lüthi, *loc. cit.*, p. 79 ; Cavin, *loc. cit.*, Art. 208 N° 35, Art. 195 N° 34 ; Petitpierre, *Mélanges Deschenaux, loc. cit.*, p. 331 ; Schönle, *loc. cit.*, p. 483.

Il faut toutefois préciser que tous ces auteurs (hormis Schubiger, Furrer et Schönle) préconisent l'intérêt négatif et l'intérêt positif comme critère de distinction entre le dommage direct et le dommage indirect. Voir *infra*, p. 144 s., 148 s., sur les critiques qu'il y a lieu d'apporter à une telle opinion.

²⁹ ATF 79 (1953) II 376.

³⁰ Voir *supra*, p. 42 ss.

III. *Damnum emergens* ou *lucrum cessans* ?

1. — Le *damnum emergens*

Selon la majorité de la doctrine, le *damnum emergens* est un dommage direct. Toutefois, nous devons nous demander si tout *damnum emergens* est nécessairement un dommage direct. Une partie de la doctrine³¹ à la suite de l'arrêt *Confrumi* contre *Transatlanta*³², admet que si le *lucrum cessans* n'est jamais dommage direct, tout *damnum emergens* par contre constitue toujours un dommage indirect.

Une telle opinion est erronée, et on peut très bien concevoir des cas où le *damnum emergens* n'est pas un dommage direct, c'est-à-dire qu'il n'est pas en relation directe avec l'état de fait dommageable. Ainsi, une personne achète une automobile défectueuse ; elle se casse une jambe ; à l'hôpital, alors que — sur les conseils du médecin — elle essaie de marcher, elle se casse l'autre jambe ; la cassure de cette jambe n'est pas en relation directe de cause à effet avec la livraison de la voiture défectueuse ; il s'agit bien d'un dommage positif (*damnum emergens*), mais qui a la forme d'un dommage indirect. Sa réparation est donc exclue dans le cadre de l'art. 208 al. 2 CO.

Autre exemple : A achète une bonbonne de gaz défectueuse. A la suite d'un défaut de la marchandise, le gaz prend feu et provoque une violente explosion ; l'appartement de A subit des dégâts considérables et l'acheteur doit passer quatre nuits à l'hôtel ; A ne pourra pas demander le remboursement de ces frais d'hôtel sur la base de l'art. 208 al. 2 CO, ce dommage n'apparaissant pas en relation directe avec l'état de fait dommageable³³. N'entre dans le cadre de l'art. 208 al. 2 CO que le *damnum emergens* qui est en relation directe avec la livraison de la chose défectueuse.

³¹ Cavin, *loc. cit.*, p. 101 ; Giger, *loc. cit.*, Art. 208 N° 38 ; Cavin, *Considérations...*, *loc. cit.*, p. 330.

³² ATF 79 (1953) II 376 ss., 380. Le Tribunal fédéral (comme la majorité de la doctrine) admet que l'art. 208 al. 2 CO concerne la réparation de l'intérêt négatif (d'où la réparation de tout le *damnum emergens*) et l'art. 208 al. 3 CO concerne la réparation de l'intérêt positif (*damnum emergens* et *lucrum cessans*).

³³ Voir Guhl-Merz-Kummer, *loc. cit.*, p. 87 ; Oftinger, *loc. cit.*, I, p. 59 ss. ; Schubiger, *loc. cit.*, p. 77 ; Neuenschwander, *loc. cit.*, p. 80 ; Cuendet, *loc. cit.*, p. 71, qui admet (avec renvoi à la p. 66) que les frais d'exécution de la prestation du créancier, ainsi que les dommages-intérêts dus à un tiers par le créancier du fait de la demeure du débiteur, peuvent apparaître dans certains cas comme dommage indirect. Keller, *Haftpflicht...*, *loc. cit.*, p. 39 ; Lüthi, *loc. cit.*, p. 80 ; Petitpierre, *loc. cit.*, p. 145.

2. — Le *lucrum cessans*

Selon une partie de la doctrine ³⁴, le *lucrum cessans* peut être qualifié de dommage direct. Von Tuhr ³⁵ en particulier conteste le principe selon lequel le dommage direct se réfère à l'intérêt négatif et accorde à l'acheteur la réparation de son gain manqué dans le cadre de l'art. 208 al. 2 CO.

Mais la majorité de la doctrine ³⁶ et le Tribunal fédéral ³⁷ refusent de qualifier le *lucrum cessans* de dommage direct.

Toutefois, à ce stade, il y a lieu d'opérer une nette distinction entre le *lucrum cessans* portant sur la même affaire qui est un élément de l'intérêt positif et le *lucrum cessans* portant sur d'autres affaires qui apparaît comme un poste de l'intérêt négatif. Ainsi, selon l'intensité du lien de causalité, le gain manqué sur la même affaire peut être qualifié de dommage direct dans la mesure où la marchandise a été achetée pour être revendue et si le vendeur a su que ces marchandises étaient achetées dans ce but ³⁸. Néanmoins, un tel gain manqué ne sera pas réparé dans le cadre de l'art. 208 al. 2 CO ; mais si ce *lucrum cessans* est exclu de l'art. 208 al. 2 CO, ce n'est pas, comme le pensent le Tribunal fédéral et la majorité de la doctrine, parce qu'il est qualifié de dommage indirect, mais parce que sa mise en compte conduirait à la réparation de l'intérêt positif, ce qui est incompatible avec la résolution du contrat ³⁹.

Le *lucrum cessans* sur d'autres affaires, bien qu'élément de l'intérêt négatif, ne doit pas non plus être pris en considération dans le cadre de l'art. 208 al. 2 CO ; en effet, le gain manqué que subit l'acheteur qui a laissé échapper d'autres affaires ne résulte pas directement de la livraison de marchandises défectueuses ⁴⁰.

Dans ce cadre d'idée, la perte de salaire causé par l'invalidité de l'acheteur pose certains problèmes particuliers. Elle apparaît, en effet,

³⁴ von Tuhr, *loc. cit.*, SJZ 18 (1922) p. 365 ss., 383 ss. ; Oels, *loc. cit.*, p. 35 ; Jäger, *loc. cit.*, p. 105. Par contre, Becker, qui admet que l'art. 208 al. 2 CO se rapporte à l'intérêt positif, n'inclut pas le gain manqué dans le dommage direct.

³⁵ von Tuhr, *loc. cit.*, idem.

³⁶ Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 195 N° 8 et art. 208 N° 5 et 6 ; Giger, *loc. cit.*, Art. 208 N° 35 ss. ; Baur, *loc. cit.*, p. 60 ; Cavin, *loc. cit.*, p. 101 ; Baldi, *loc. cit.*, p. 54 ; Keller, *loc. cit.*, p. 332 ; von Büren, II, *loc. cit.*, p. 42 ; Engel, *loc. cit.*, p. 325 ; Oftringer, *loc. cit.*, Bd I, p. 59 ss. ; Cuendet, *loc. cit.*, p. 70-71, qui admet (citant Piotet, *loc. cit.*, p. 86 N. 244) que le gain manqué à la suite de la... non-exécution d'un autre contrat est toujours dommage indirect puisqu'il suppose un événement autre que l'acte incriminé. Voir également Schubiger, *loc. cit.*, p. 75 ss. ; Neuenschwander, *loc. cit.*, p. 80 ; Furrer, *loc. cit.*, p. 26-27 ; ces auteurs admettent, à juste titre, que le *lucrum cessans* n'a pas sa place dans la réparation du dommage direct parce que cela conduirait à la réparation de l'intérêt positif.

³⁷ ATF 79 (1953) II 376.

³⁸ Schönle, *loc. cit.*, p. 487 ; voir également la note 26.

³⁹ Voir *supra*, p. 42 s. ; voir Furrer, *loc. cit.*, p. 26 s. ; Schubiger, *loc. cit.*, p. 75 ; Neuenschwander, *loc. cit.*, p. 79 ; Schönle, *loc. cit.*, p. 487.

⁴⁰ Schönle, *loc. cit.*, p. 488.

comme poste du dommage tant de l'intérêt négatif que de l'intérêt positif. Elle constitue en outre un dommage négatif, c'est-à-dire une non-augmentation du patrimoine. La perte de salaire causée par l'invalidité de l'acheteur à la suite de livraison de marchandises défectueuses peut néanmoins apparaître comme un *damnum emergens*, c'est-à-dire comme une perte effective. Si l'on considère que le dommage n'est plus direct dès qu'un autre événement se produit, la perte de salaire est exclue de l'art. 208 al. 2 CO. Toutefois, si dogmatiquement une telle solution pourrait à la rigueur se concevoir, il nous semble qu'équitablement, une telle exclusion n'est en aucun cas justifiée⁴¹. En effet, quelle considération pourrait justifier que le dommage corporel soit réparé sans faute du vendeur, alors que la perte de salaire, conséquence directe et logique de l'immobilisation de l'acheteur et de son dommage corporel, ne serait prise en considération qu'en présence d'une faute du vendeur ? Certes, nous sommes conscients que l'art. 208 CO ne répond plus aux exigences d'une société de consommation aux besoins sans cesse accrus, mais ce n'est néanmoins pas tailler une brèche aux principes que nous avons posés que d'admettre que la perte de salaire causée par l'invalidité de l'acheteur constitue un dommage direct au sens de l'art. 208 al. 2 CO.

En résumé, une interprétation dogmatique de l'art. 208 al. 2 CO nous amène aux conclusions suivantes : tout d'abord, cette disposition ne vise que la réparation de l'intérêt négatif au contrat ; aussi, le gain manqué sur l'affaire que subit l'acheteur n'est pas à prendre en considération, même s'il peut être qualifié de dommage direct. Ensuite, dans le cadre de l'intérêt négatif, l'art. 208 al. 2 CO ne tend à réparer que la partie du *damnum emergens* qui se trouve en relation directe avec l'événement dommageable (y compris la perte de salaire). Enfin, cette disposition ne vise pas à réparer le *lucrum cessans* sur d'autres affaires (élément de l'intérêt négatif) qui apparaît toujours, compte tenu de l'intensité du lien de causalité, comme un dommage indirect.

Il est certain qu'une telle interprétation réduit considérablement le champ d'application de l'art. 208 al. 2 CO. Le problème est particulièrement aigu dans le cadre de la responsabilité dite « du fait des produits », où une interprétation dogmatique de cette disposition aura pour effet de faire supporter le dommage par le détaillant alors que le fabricant qui a mis les produits défectueux sur le marché ne se verra pas inquiété. Il faut prévoir un droit de recours efficace de l'acheteur-revendeur contre le fabricant. Toutefois, ce recours, qui en l'état actuel de la législation, ne peut essentiellement être basé que sur l'art. 208 al. 2 CO, n'aura pas toute l'efficacité voulue si l'on accorde à cette disposition une interprétation logique et dogmatique qui doit être la sienne⁴².

⁴¹ Voir Petitpierre, *Mélanges Deschenaux...*, *loc. cit.*, p. 331.

⁴² Sur ces problèmes, voir notamment Petitpierre, *Mélanges Deschenaux...*, *loc. cit.*, p. 334 ss. Voir également *infra*, p. 154 ss.

C LA RÉPARATION DU DOMMAGE INDIRECT

Le vendeur est tenu d'indemniser l'acheteur de tout autre dommage, s'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable. Il s'agit d'une faute dans la mauvaise exécution du contrat, et non d'une culpa in contrahendo ; elle aura la forme d'une intention ou d'une négligence. Enfin, les dommages-intérêts accordés à l'acheteur selon l'art. 208 al. 3 CO pourront être réduits sur la base de l'art. 99 al. 3 et des art. 43 et 44 CO.

Le vendeur sera fautif s'il a vendu la chose à l'acheteur en ayant connaissance du défaut. Par contre, l'ignorance du défaut par le vendeur pose, à ce stade, certains problèmes particuliers. On retiendra toutefois une faute du vendeur si on peut lui reprocher une violation de son « Prüfungspflicht », étant néanmoins entendu que le détaillant, dans un processus échelonné de distribution, n'a pas l'obligation d'examiner toutes les marchandises qu'il reçoit de son fabricant et qui sont destinées à être écoulées sur le marché⁴³. On ne retiendra ainsi la faute du vendeur-détaillant que si celui-ci a omis de procéder aux vérifications usuelles qui s'imposent dans un examen normal des marchandises livrées.

Enfin, la faute s'apprécie selon l'art. 99 CO, avec renvoi aux règles sur la responsabilité extracontractuelle. L'exonération de la responsabilité au sens de l'art. 100 al. 1 CO ne joue que peu dans le rôle, le vendeur ayant la possibilité de supprimer dans les limites de l'art. 199 CO toute garantie en raison des défauts de la chose vendue.

I. Intérêt positif ou intérêt négatif

Selon la majorité de la doctrine⁴⁴, l'art. 208 al. 3 CO tend à réparer l'intérêt positif au contrat. Comme nous l'avons relevé, cela provient du fait que la doctrine dominante utilise les notions d'intérêt négatif/intérêt positif comme critère de distinction du dommage direct et indirect. Selon

⁴³ Giger, *loc. cit.*, Art. 208 N° 48 et N° 49-51.

⁴⁴ Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 208 N° 5-7 ; Baur, *loc. cit.*, p. 60-61 ; Keller, *Haftpflicht...*, *loc. cit.*, p. 330-331 ; Katz, *loc. cit.*, p. 75 ; Büchli, *loc. cit.*, p. 87 ; von Büren II, *loc. cit.*, p. 43 ; Keller, *loc. cit.*, p. 222 ss. ; ATF 79 (1953) II 376 ss., implicitement, puisque le Tribunal fédéral admet que l'art. 208 al. 3 CO se réfère au *lucrum cessans*. Voir également Becker, *loc. cit.*, Art. 195 N° 7 et art. 208 N° 6 ; Jäger, *loc. cit.*, p. 105 ; Oels, *loc. cit.*, p. 35 ; Cavin, *loc. cit.*, p. 101 s. ; Giger, *loc. cit.*, Art. 208 N° 45 ; von Tuhr, *loc. cit.*, SJZ 18 (1922) p. 365 ss. et 383 ss.

Voir également Simonius, *loc. cit.*, p. 225 ss. qui admet que l'art. 208 al. 3 CO tend à réparer l'intérêt négatif et apparaît comme une disposition de caractère exceptionnel instituant une responsabilité limitée du vendeur. Il faut préciser que cet auteur admet la réparation de l'intérêt positif en cas de résolution, le fondement de ces dommages-intérêts étant l'inexécution du contrat.

ces auteurs, l'art. 208 al. 3 CO apparaît comme une confirmation de l'art. 97 al. 1 CO ⁴⁵.

Selon Giger ⁴⁶, dans le cadre des art. 205 et 208 CO, la résolution du contrat ne s'exerce pas au moyen d'une déclaration de volonté, mais par un accord entre les parties ou par un jugement constitutif. Dès lors, ces dispositions n'ont aucun rapport avec l'art. 109 CO. De plus, le fondement juridique de la responsabilité selon l'art. 208 al. 3 CO n'est pas la résolution du contrat, mais la violation d'une obligation contractuelle ; selon le commentateur, l'acheteur dispose, en cas de faute du vendeur, d'une action en réparation de l'intérêt positif au contrat.

Cavin ⁴⁷ admet également que, malgré la résolution, l'acheteur dispose, dans le cadre de l'art. 208 al. 3 CO, d'une action en dommages-intérêts positifs. Selon cet auteur, la loi prévoit une responsabilité particulière, qui a son fondement dans l'obligation légale de garantie et qui apparaît comme une responsabilité pour inexécution des obligations.

Nous ne pouvons nous rallier à une telle solution. Le fondement de toute action en dommages-intérêts contractuels consiste dans l'inexécution d'une obligation conventionnelle. La résolution du contrat n'est qu'une sanction de l'inexécution d'une telle obligation. Les dommages-intérêts que réclame l'acheteur doivent être en conformité avec la situation juridiquement créée. Si l'on suit l'opinion de Giger, quelle serait alors l'utilité d'une action en dommages-intérêts négatifs, puisque toute action en dommages-intérêts contractuels a son fondement dans la violation d'un contrat ? Que la résolution du contrat s'exerce au moyen d'une déclaration de volonté, d'un accord entre les parties ou d'un jugement constitutif, elle vise à établir une situation juridique précise. Dès lors, accorder à l'acheteur, qui réclame la résolution, la réparation de son intérêt positif conduit dans le cadre de l'art. 208 al. 3 CO à une contradiction inadmissible ⁴⁸.

Il est à cet égard tout à fait surprenant que la majorité de la doctrine, qui ne retient que la réparation de l'intérêt négatif au contrat dans le cadre de l'art. 208 al. 2 CO — car il y aurait contradiction à faire valoir l'intérêt positif —, n'applique pas ce principe quant à la réparation du dommage indirect de l'al. 3. A notre avis, la majorité de la doctrine et le Tribunal fédéral, qui ont logiquement admis la réparation de l'intérêt négatif dans le cadre de l'art. 208 al. 2 CO, se sont trouvés fort dépourvus devant l'al. 3 de cette disposition, qui parle de « tout autre dommage » et qui ne pouvait donc se référer qu'à l'intérêt positif !

⁴⁵ Voir notamment Cavin, *Considérations...*, *loc. cit.*, p. 337 ; Keller, *Haftpflicht...*, *loc. cit.*, p. 331 ; Baur, *loc. cit.*, p. 61, qui admet que l'art. 208 al. 3 CO n'est qu'une « Ausdehnung » du principe découlant de l'art. 97 al. 1 CO. Cet auteur précise que même en présence de l'état de fait de l'art. 208 al. 3 CO, il n'est pas défendu à l'acheteur qui réclame la résolution de partir sur l'art. 97 al. 1 CO.

⁴⁶ Giger, *loc. cit.*, Art. 208 N° 45.

⁴⁷ Cavin, *loc. cit.*, p. 102.

⁴⁸ Voir *supra*, p. 42 s. ; voir Schubiger, *loc. cit.*, p. 74 ss. ; Furrer, *loc. cit.*, p. 68 ; Schönle, *loc. cit.*, p. 483.

Le recours aux notions d'intérêt négatif et d'intérêt positif comme critère de distinction des dommages direct et indirect est non seulement illogique, mais encore contraire à la systématique de la loi. En effet, en cas de faute du vendeur (art. 208 al. 3 CO), l'acheteur a droit à la réparation du dommage résultant directement de la livraison de marchandises défectueuses *et* à la réparation de tout autre dommage. Or, un créancier ne peut en aucun cas cumuler la réparation de son intérêt négatif et de son intérêt positif ! De plus, il serait intéressant de savoir comment le Tribunal fédéral et la doctrine dominante comptent réparer, dans le cadre de l'art. 208 CO, le *lucrum cessans* sur d'autres affaires, notre Cour suprême ayant récemment admis qu'un tel gain manqué fait partie de l'intérêt négatif au contrat⁴⁹. En effet, selon le Tribunal fédéral et la doctrine dominante, le *lucrum cessans* est toujours un dommage indirect ; il doit donc être réparé sur la base de l'art. 208 al. 3. Mais cette disposition vise, selon ces auteurs et notre Cour suprême, la réparation de l'intérêt positif. Dès lors, on est en droit de se demander dans quel cadre le Tribunal fédéral compte réparer le *lucrum cessans* sur d'autres affaires, élément de l'intérêt négatif au contrat !

L'art. 208 al. 3 CO ne vise qu'à la réparation de l'intérêt négatif au contrat. Si l'acheteur désire réclamer des dommages-intérêts positifs, il devra alors maintenir le contrat et les réclamer sur la base de l'art. 97 al. 1 CO, cette disposition étant alors assimilée à une action en garantie⁵⁰.

L'art. 208 al. 3 CO ne saurait donc être une *lex specialis* par rapport à l'art. 97 al. 1 CO. Cette dernière disposition consacre une action en dommages-intérêts pour inexécution en cas de maintien du contrat par le créancier, alors que l'art. 208 al. 3 concerne un des effets de la résolution (c'est-à-dire du non maintien du contrat) ; il y a donc exclusion entre ces deux sanctions d'inexécution des obligations, et il est parfaitement erroné de soutenir que l'art. 208 al. 3 CO renvoie au principe général dégagé à l'art. 97 al. 1 CO.

Nous soutenons donc que l'art. 208 al. 3 CO, tout comme l'art. 208 al. 2 CO, ne peut concerner que la réparation de l'intérêt négatif. Dès lors, nous nous opposons à la majorité de la doctrine qui admet les notions d'intérêt positif/intérêt négatif comme critère de distinction de dommage direct et du dommage indirect ; s'agissant d'une résolution, il y a disparition (« *Auflösung* ») du contrat et l'acheteur ne peut dès lors réclamer que la réparation de son intérêt négatif.

⁴⁹ Tribunal fédéral, SemJud 97 (1975) p. 1 ss.

⁵⁰ Voir *infra*, p. 149 ss.

II. *Damnum emergens* ou *lucrum cessans*

1. — Le *damnum emergens*

Il s'agit à ce stade du dommage positif (*damnum emergens*) qui ne pouvait être réparé en vertu de l'art. 208 al. 2 CO, n'étant pas en relation directe avec l'état de fait dommageable⁵¹.

2. — Le *lucrum cessans*

Selon la majorité de la doctrine⁵² et le Tribunal fédéral⁵³, le *lucrum cessans* est à prendre en considération dans le cadre de l'art. 208 al. 3 CO. Nous estimons que cette opinion est erronée, car la réparation du *lucrum cessans* aboutirait à des dommages-intérêts positifs, ce qui est tout à fait exclu dans le cadre de l'art. 208 al. 3 CO ; on ne doit donc pas tenir compte du gain marqué en tant que dommage indirect, car sa prise en considération aboutirait à la réparation de l'intérêt positif.

L'acheteur pourra par contre réclamer la réparation du gain manqué du fait de la perte d'autres occasions qu'il a laissé échapper à cause du contrat vicié. A cet égard, précisons que le *lucrum cessans* sur d'autres affaires, s'il ne peut apparaître comme un dommage direct, sera surtout considéré comme dommage indirect, un autre événement étant souvent la cause du dommage dans la mesure où il n'y a pas interruption du lien de causalité.

En conclusion, nous admettons bien volontiers que la réparation du dommage prévue à l'art. 208 CO est un des domaines les plus controversés et les moins bien compris du droit de la vente. Une interprétation logique et dogmatique de cette disposition nous conduit aux solutions suivantes :

S'agissant des effets de la résolution, l'art. 208 al. 2 et 3 CO ne concerne que la réparation de l'intérêt négatif ; dès lors, le *lucrum cessans* du contrat résolu n'entre pas dans le cadre du dommage — qu'il soit direct ou indirect. Dans l'optique de l'intérêt négatif :

- l'art. 208 al. 2 CO répare le dommage direct, c'est-à-dire :
 - le *damnum emergens* qui apparaît en relation directe avec l'état de faits dommageable (y compris la perte de salaire) ;

⁵¹ Voir *supra*, p. 142 s., où nous avons admis que le *damnum emergens* n'était pas toujours dommage direct. Voir également Schubiger, *loc. cit.*, p. 77 ; Neuenschwander, *loc. cit.*, p. 79 ; Guhl-Merz-Kummer, *loc. cit.*, p. 87 ; Oftinger, *loc. cit.*, Bd I, p. 59 ; Furrer, *loc. cit.*, p. 27.

⁵² Voir note 44. Il faut préciser que la doctrine dominante admet que l'art. 208 al. 2 CO concerne la réparation de l'intérêt négatif (*damnum emergens*) et l'art. 208 al. 3 CO la réparation du *lucrum cessans*, ce qui conduit à la réparation de l'intérêt positif.

⁵³ ATF 79 (1953) II 376.

- l'art. 208 al. 3 CO répare le dommage indirect, c'est-à-dire :
 - le *damnum emergens* qui n'est pas compris dans l'al. 2 ;
 - le *lucrum cessans* portant sur d'autres affaires non conclues du fait de la conclusion du contrat vicié, qui en tant que dommage indirect, ne peut être pris en considération que dans l'al. 3.

Toutes ces actions en dommages-intérêts se prescrivent par une année dès le jugement de résolution (ou de l'*actus contrarius*) en vertu des art. 99 al. 3 et 60 al. 1 CO, sauf si l'acheteur intente à la fois l'action en résolution et l'action en dommages-intérêts (et en remboursement du prix), auquel cas le délai de prescription est de dix ans selon l'art. 137 al. 2 CO.

Une telle solution peut apparaître choquante notamment quant au droit de recours du dernier vendeur qui est ainsi extrêmement restreint. L'interprétation logique que nous avons essayé de donner à l'art. 208 CO n'est peut-être pas adaptée aux besoins et aux risques actuels de notre société de consommation. Nous essayerons d'examiner les insuffisances des solutions qui viennent d'être dégagées et nous en tirerons les conséquences de *lege ferenda*⁵⁴.

D APPLICATION PAR ANALOGIE DE L'ART. 208 AL. 2 ET 3 CO À L'ACTION MINUTOIRE

La loi est muette sur d'éventuels dommages-intérêts que peut intenter l'acheteur à côté de l'action minutoire ou de l'action en remplacement. Dans ce cas, la jurisprudence du Tribunal fédéral accorde à l'acheteur — qui réclame la diminution du prix ou le remplacement de la chose vendue — une action générale en dommages-intérêts basée sur l'art. 97 al. 1 CO⁵⁵. Notre Cour suprême la définit comme étant le complément naturel de l'action en garantie. Cette action est régie par les principes généraux sur l'inexécution ; toutefois, le Tribunal fédéral prévoit que, faisant partie du droit de la garantie, cette action se prescrit par un an (art. 210 al. 1 CO) ou par cinq ans en cas de vente immobilière (art. 219 al. 3 CO), et est subordonnée à l'observation par l'acheteur des règles concernant la vérification de la chose vendue et l'avis des défauts. Le Tribunal fédéral, citant Jäger⁵⁶ admet que « *le lien externe qui unit l'action en dommages-intérêts et les pures actions en garantie est si étroit qu'une réglementation uniforme s'impose dans ce cas comme dans l'autre* »⁵⁷. Ainsi, le besoin de protection du vendeur n'existe pas unique-

⁵⁴ Voir *infra*, p. 154 ss.

⁵⁵ ATF 58 (1932) II 210 = JT 1933 I p. 155 ; ATF 82 (1956) II 136 = JT 1957 I p. 105 ; ATF 63 (1937) II 401 = JT 1938 I p. 306. Voir également ZR 32 (1933) p. 144 N° 71 ; SemJud 61 (1939) p. 283 ; ZBJV 80 (1944) pp. 122.

⁵⁶ Jäger, *loc. cit.*, p. 119.

⁵⁷ ATF 63 (1937) II 401 ss. = JT 1938 I p. 313.

ment dans les cas de garantie au sens strict du mot — c'est-à-dire en cas de résolution et de réduction du prix —, mais également pour les actions en dommages-intérêts. « *Il est même plus grand dans cette dernière éventualité, précise le Tribunal fédéral* ⁵⁸, *car le vendeur n'a pas seulement un intérêt à pouvoir se rendre compte des défauts eux-mêmes, mais aussi à constater la possibilité du dommage, soit le rapport de causalité existant entre les défauts et le dommage réalisé... En pareils cas, l'état de fait risque de s'obscurcir assez rapidement et c'est pourquoi sa constatation immédiate peut être d'une importance décisive sur la question de la responsabilité du vendeur. Pour ces raisons, il faut décider que la procédure de vérification de la chose et d'avis des défauts qui est à la base de l'action en garantie au sens strict du mot, est aussi nécessaire pour l'action en dommages-intérêts, qui est le complément de l'action en garantie.* » Enfin, dans le cadre de la responsabilité du vendeur basée sur l'art. 97 al. 1 CO, l'acheteur n'a pas à prouver la faute du vendeur ; c'est à ce dernier à prouver son absence de faute.

Mais la doctrine a, dans son ensemble, fermement critiqué la solution dégagée par le Tribunal fédéral.

1. La position de la doctrine

Baur ⁵⁹, en 1928, a, le premier, mis l'accent sur ce problème. Pourquoi, précise cet auteur, si l'acheteur se casse une jambe en s'asseyant sur la chaise défectueuse que lui a livrée le vendeur, ce dernier ne doit-il pas, à côté de la diminution du prix, réparer le dommage corporel, même sans faute de sa part ? Ne pas accorder dans ce cas des dommages-intérêts à l'acheteur le place dans une situation désavantageuse qui le poussera, la plupart du temps, à réclamer la résolution pour bénéficier des dommages-intérêts. Baur admet que le fait d'accorder à l'acheteur des dommages-intérêts à côté de la diminution du prix et sans faute du vendeur répond à un besoin impératif du droit et de l'équité. Toutefois, cet auteur refuse une application par analogie de l'art. 208 al. 2 et 3 CO ; il admet plutôt qu'il y a lacune de la loi, qu'il faut combler en accordant à l'acheteur le droit de réclamer des dommages-intérêts même sans faute du vendeur ⁶⁰.

Lüthi, dans sa thèse ⁶¹, franchit le pas et accorde à l'acheteur qui réclame la diminution du prix (ou le remplacement de la chose vendue),

⁵⁸ ATF 63 (1937) II 401 ss. = JT 1938 I p. 312-313.

⁵⁹ Baur, *loc. cit.*, p. 62 ss.

⁶⁰ Baur, *loc. cit.*, p. 63.

⁶¹ Lüthi, *loc. cit.*, p. 82. Dans le même ordre d'idées, Lüthi, *loc. cit.*, p. 83-86, à la suite de Guhl, *loc. cit.*, Zurich 1948, p. 87 (mais non reprises par Guhl-Merz-Kummer, 6^e éd., Zurich 1972) et de Winiger, *loc. cit.*, p. 61, 72 ss., admet comme fondement de la responsabilité du vendeur selon l'art. 208 al. 3 CO une culpa in contrahendo ; dès lors, il n'y a pas, selon ces auteurs, une violation du contrat et la responsabilité du vendeur ne peut se baser sur l'art. 97 al. 1 CO. Ainsi, selon Lüthi, *loc. cit.*, p. 86, dans l'ATF 63 (1937) II 401 = JT 1938 I

une action en dommages-intérêts basée sur l'art. 208 al. 2 et 3 CO appliquée par analogie. Il précise que le principe de la responsabilité causale (art. 208 al. 2 CO) n'est pas uniquement valable pour la réparation du dommage direct en cas de résolution ; si tel était le cas, cela favoriserait fâcheusement la résolution du contrat au détriment des autres actions édiliciennes qui prévoient le maintien du contrat.

Schubiger ⁶², en rejetant toute idée de culpa in contrahendo, admet également l'application de l'art. 208 al. 2 et 3 CO comme base légale de dommages-intérêts accordés à l'acheteur à côté de la réduction du prix, du remplacement de la chose vendue ou indépendamment des actions édiliciennes. Selon cet auteur, le droit de réclamer la résolution est quelquefois limité de façon rigoureuse. Ainsi, l'art. 206 al. 2 et l'art. 207 al. 3 CO empêchent l'acheteur d'exercer l'action rédhibitoire ; pour cette raison, il apparaîtrait choquant de n'utiliser la seule action en dommages-intérêts prévue dans le droit de la garantie que pour la résolution, alors que celle-ci est souvent exclue. Dès lors, rien ne s'oppose à fonder une action en dommages-intérêts en cas de diminution du prix ou de remplacement de la chose vendue, sur l'art. 208 al. 2 ou 3 CO.

Cavin ⁶³, tout en reconnaissant que l'art. 208 al. 3 CO contient une référence implicite à l'art. 97 al. 1 CO, critique la solution du Tribunal fédéral et « *le caractère hybride et insolite de l'action ainsi construite* » ⁶⁴. Cet auteur se prononce pour une application par analogie de l'art. 208 al. 2 et 3 CO à l'action en dommages-intérêts que peut intenter l'acheteur à côté de la diminution du prix ou du remplacement de la chose vendue. Il précise que « *... tout le système de la garantie repose sur la conception saine que le vendeur répond des qualités essentielles de la chose vendue. Partant, il répond du dommage direct consécutif au défaut et en cas de faute de tout dommage, cela en vertu même de son obligation de garantie. Il n'y a pas de raison de limiter cette responsabilité au seul cas de réhabilitation. Un défaut mineur de la chose peut être générateur d'un dommage important* » ⁶⁵. Dans ce cas, ajoute Cavin, si le vendeur est non fautif, l'acheteur réclamera la résolution du contrat, que le juge lui refusera en application de l'art. 205 al. 2 CO, compte tenu de l'importance

p. 306, il n'y avait pas mauvaise exécution, mais culpa in contrahendo ; le dommage existe indépendamment de savoir si l'acheteur opte pour l'action rédhibitoire ou la diminution du prix. Voir *supra*, p. 108 s. pour les objections qui ont été faites pour la culpa in contrahendo à propos de l'application de l'art. 97 al. 1 CO et qui valent tout aussi bien dans le cadre de l'art. 208 CO. Qu'il s'agisse, en cas de dommages-intérêts à côté d'une réduction du prix, de l'application de l'art. 208 al. 3 CO, il est erroné de soutenir que la livraison d'une chose (de corps certain) défectueuse constitue une culpa in contrahendo. D'ailleurs, l'argument que donne Winiger, *loc. cit.*, p. 80, apparaît en parfaite contradiction avec la théorie qu'il essaie de développer ; voir Schubiger, *loc. cit.*, p. 93-94.

⁶² Schubiger, *loc. cit.*, p. 78-95.

⁶³ Cavin, *loc. cit.*, p. 105 ; Cavin, *Considérations...*, *loc. cit.*, p. 334 s.

⁶⁴ Cavin, *Considérations...*, *loc. cit.*, p. 335.

⁶⁵ Cavin, *Considérations...*, *loc. cit.*, p. 336 ; voir également Cavin, *loc. cit.*, p. 105.

minime du défaut. L'acheteur ne pourra alors voir son dommage réparé ; il est donc juste et logique d'appliquer l'art. 208 al. 2 et 3 CO par analogie à l'action en dommages-intérêts intentée par l'acheteur à côté de la réduction du prix ou du remplacement de la chose vendue ⁶⁶.

Neuenschwander, Guhl-Merz-Kummer, von Büren et Merz admettent également une application par analogie de l'art. 208 al. 2 et 3 CO aux dommages-intérêts dus à l'acheteur en cas de réduction du prix. Pour Neuenschwander ⁶⁷, il n'y a aucune raison de limiter la responsabilité causale à la résolution ; il admet que le principe de la responsabilité causale doit s'appliquer à tous les cas de garantie en raison des défauts de la chose, eu égard au dommage direct, indépendamment de savoir si l'acheteur résout le contrat, diminue le prix, réclame le remplacement de la chose ou des dommages-intérêts à côté des actions en garantie. Guhl-Merz-Kummer ⁶⁸, von Büren ⁶⁹ et Merz ⁷⁰ prévoient également l'application par analogie de l'art. 208 al. 2 et 3 CO pour des dommages-intérêts en cas de réduction du prix, notamment pour faire bénéficier l'acheteur de la réparation du dommage direct, sans faute du vendeur.

Enfin, récemment, Furrer et Katz ⁷¹, ainsi que Giger et Petitpierre ⁷², ont préconisé une application par analogie de l'art. 208 al. 2 et 3 CO à l'action en réduction du prix.

A l'opposé de ce courant d'opinions, une partie de la doctrine prévoit l'art. 97 al. 1 CO comme unique base légale de dommages-intérêts en cas de réduction du prix. Ainsi, Oser-Schönenberger, Becker ⁷³ et Jäger ⁷⁴ ont suivi la solution du Tribunal fédéral, de même que Heim ⁷⁵, Keller ⁷⁶ et Schönle ⁷⁷, qui refusent expressément l'application par analogie de l'art. 208 al. 2 et 3 CO à l'action en réduction du prix.

⁶⁶ Il ne faut toutefois pas perdre de vue que Cavin refuse de voir le fondement de l'action en garantie dans une inexécution ou une mauvaise exécution. La livraison d'une chose de genre défectueuse (corps certain) n'est pas une exécution défectueuse, mais l'exécution d'un contrat entaché d'un vice à sa formation. Cet auteur prévoit que l'application des art. 197 ss. CO est exhaustive et que l'art. 97 al. 1 CO ne doit pas s'appliquer dans ce cadre.

⁶⁷ Neuenschwander, *loc. cit.*, p. 78-79.

⁶⁸ Guhl-Merz-Kummer, *loc. cit.*, p. 338.

⁶⁹ von Büren II, *loc. cit.*, p. 41.

⁷⁰ Merz, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1956, ZBJV 80 (1958), p. 82.

⁷¹ Furrer, *loc. cit.*, p. 71, qui ne le prévoit que de lege ferenda ; Katz, *loc. cit.*, p. 78.

⁷² Petitpierre, Mélanges Deschenaux..., *loc. cit.*, p. 332 ; Giger, *loc. cit.*, Art. 208 N° 55-56.

⁷³ Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 205 N° 16 (et art. 206 N° 7) ; Becker, *loc. cit.*, Art. 205 N° 2 (et art. 206 N° 4).

⁷⁴ Jäger, *loc. cit.*, p. 119-120, mais qui prévoit le fardeau de la preuve inversé, l'acheteur devant prouver la faute du vendeur.

⁷⁵ Heim, *loc. cit.*, p. 22.

⁷⁶ Keller, Hafgpflicht..., *loc. cit.*, p. 31.

⁷⁷ Schönle, *loc. cit.*, p. 484.

II. Critiques

L'opinion de la doctrine⁷⁸ selon laquelle l'art. 208 al. 2 et 3 CO s'applique par analogie à l'action en réduction du prix (ou en remplacement de la chose vendue) est erronée.

D'emblée, nous admettons que, si ces auteurs appliquent l'art. 208 al. 2 CO par analogie à la réduction du prix, c'est sans conteste pour pouvoir faire bénéficier l'acheteur de la responsabilité causale prévue à cette disposition ; ils estiment qu'il y a lacune de la loi ou solution injuste non voulue par le législateur et ils accordent à l'acheteur, qui réclame la réduction du prix, la réparation de son dommage direct. En cas de défaut de la chose vendue, le législateur a prévu trois solutions :

- la résolution (avec dommages-intérêts) ;
- la réduction du prix et
- le remplacement de la chose vendue (sans dommages-intérêts exprès, mais avec la possibilité de recourir à la base légale générale de dommages-intérêts en cas d'inexécution des obligations).

En accord avec le Tribunal fédéral, nous pensons que la responsabilité causale instituée par l'art. 208 al. 2 CO est une exception au principe général de l'inexécution des obligations, selon lequel la responsabilité est subordonnée à une faute qui est présumée. Notre Cour suprême explique « *la disposition exceptionnelle de l'art. 208 al. 2 CO par le fait que les défauts qui entraînent la résolution constituent précisément le cas le plus grave de livraison défectueuse et qu'il est équitable en pareil cas de mettre à la charge du vendeur, sans égard à sa faute et sans possibilité de disculpation, la réparation du dommage direct en résultant* »⁷⁹. Or, il s'agit d'appliquer cette disposition exceptionnelle uniquement à la résolution et il ne se justifie pas d'étendre son application à l'action minutoire, où, en règle générale, l'acheteur est suffisamment protégé.

Mais un autre argument, beaucoup plus percutant, milite contre l'application par analogie de l'art. 208 al. 2 ou 3 CO à l'action en réduction du prix. L'art. 208 al. 2 et 3 concerne les effets de la résolution ; il s'agit de la réparation de l'intérêt négatif en cas d'« *Auflösung* » du contrat. L'action minutoire et l'action en remplacement de la chose vendue supposent au contraire le maintien du contrat. Dès lors, appliquer l'art. 208 — qui concerne des dommages-intérêts négatifs en cas de résolution — à la réduction du prix — qui suppose le maintien d'un contrat valable — conduit à une contradiction inadmissible. On ne peut logiquement pas appliquer les effets d'un contrat résolu à un contrat valable ! L'art. 208 al. 2 CO ne peut donc s'appliquer à l'action minutoire, pas plus d'ailleurs que l'art. 208 al. 3 CO qui vise également à réparer l'intérêt

⁷⁸ Il s'agit actuellement, contrairement à ce que pense Neuenschwander, *loc. cit.*, p. 78, pratiquement de la doctrine dominante !

⁷⁹ ATF 63 (1937) II 401 ss. = JT 1938 I p. 306 ss., 310.

négatif du contrat. Cette disposition ne contient pas une référence à l'art. 97 al. 1 CO. Il s'agit au contraire de deux conséquences juridiques différentes : d'un côté, des dommages-intérêts positifs en cas de maintien du contrat, d'un autre côté, des dommages-intérêts négatifs en cas de résolution du contrat.

A ce sujet, il est regrettable de constater que des auteurs comme Schubiger, Neuenschwander et Furrer⁸⁰, qui avaient intelligemment mis en lumière la seule réparation de l'intérêt négatif dans l'art. 208 al. 3 CO, se contredisent de façon aussi flagrante en admettant l'application de cette disposition à l'action en réduction du prix — qui suppose un contrat valable.

En conclusion, il est illogique et erroné d'appliquer l'art. 208 al. 2 et 3 CO — qui concerne la réparation de l'intérêt négatif en cas de résolution du contrat — à l'action en réduction du prix ou en remplacement de la chose vendue. Ces deux dernières actions édiliciennes supposant le maintien du contrat, seule une action en dommages-intérêts positifs peut être envisagée. C'est donc à juste titre que le Tribunal applique l'art. 97 al. 1 CO, comme base légale de réparation du dommage en cas de réduction du prix, de remplacement de la chose ou indépendamment des actions édiliciennes ; c'est également à juste titre que le tribunal fédéral assortit cette action d'une prescription annale (art. 210 al. 1 CO) et de l'observation par l'acheteur des règles concernant la vérification de la chose vendue et l'avis des défauts, cette action en dommages-intérêts apparaissant comme une action en garantie.

E RESPONSABILITÉ DU FAIT DES PRODUITS

L'interprétation dogmatique que nous avons donnée de l'art. 208 CO est malheureusement préjudiciable aux intérêts du dernier vendeur ainsi que, d'une manière générale, à ceux de l'acheteur. En effet, le premier, engageant sa responsabilité sur la base de l'art. 208 al. 2 CO, disposera certes d'un droit de recours contre son fabricant, ayant dû indemniser le dernier acheteur du dommage subi du fait de la livraison de marchandises défectueuses. Mais, ce droit de recours, basé sur l'art. 208 al. 2 CO (responsabilité causale du fabricant) sera la plupart du temps pratiquement paralysé, les conditions de cette disposition n'étant pas réalisées. En effet, le dommage subi par l'acheteur-revendeur consiste dans l'indemnisation du préjudice subi par l'acheteur-consommateur. Or, cet « *Erfüllungsinteresse* » ne peut être qualifié de dommage direct⁸¹ et

⁸⁰ Voir *supra*, p. 145 ss. Schubiger, dans sa thèse, examine les rapports entre les art. 197 ss. CO et 97 ss. CO, et s'efforce de montrer que l'acheteur est mieux protégé selon les art. 197 ss. CO et que l'application des art. 97 ss. CO est inutile en cas de garantie des défauts de la chose vendue ; d'où l'application de l'art. 208 al. 2 et 3 CO à la réduction du prix.

⁸¹ Schönle, *loc. cit.*, p. 489 ; *contra* : Petitpierre, *Mélanges Deschenaux...*, *loc. cit.*, p. 335 ss.

ne peut donc être réparé dans le cadre de l'art. 208 al. 2 CO ; s'agissant d'un dommage indirect, l'acheteur-revendeur ne peut en réclamer la réparation que sur la base de l'art. 208 al. 3 CO en présence d'une faute du fabricant. De plus, le recours de l'acheteur-revendeur contre son fabricant est souvent prescrit, l'intermédiaire stockant plusieurs mois la marchandise avant de la revendre à des consommateurs ⁸².

L'action de l'acheteur-revendeur contre son vendeur-fabricant en réparation du préjudice subi par le consommateur, sur la base de l'art. 208 al. 2 CO, sera ainsi la plupart du temps infondée. Il en résulte que le dernier vendeur répondra, même sans faute de sa part, du dommage direct subi par le dernier acheteur, alors que le fabricant, qui a mis sur le marché le produit défectueux, ne se verra nullement inquiété ⁸³.

Or, le consommateur qui désire avoir réparation du préjudice subi du fait de la livraison de marchandises défectueuses ne peut se retourner que contre son vendeur. L'action extracontractuelle du consommateur lésé contre le fabricant sur la base de l'art. 41 al. 1 CO et de l'art. 55 sera bien souvent à rejeter, le lésé ne pouvant apporter la preuve de la faute des organes de la société (art. 55 al. 2 CCS et 31 al. 1 CO) ou celle-ci pouvant se mettre au bénéfice des preuves libératoires de l'art. 55 CO ⁸⁴.

Une responsabilité contractuelle du fabricant selon les art. 97 et 101 CO se heurte au principe de la relativité des conventions ; elle exclut par conséquent une action en réparation du dommage direct du consommateur contre le fabricant avec lequel il n'entre pas en relation. Ainsi, la Cour d'appel de Berne ⁸⁵ a jugé qu'un membre d'une société, qui est blessé par l'explosion de munitions de la Confédération, ne disposait d'une action en dommages-intérêts ni contre la Confédération, ni contre le fabricant. En effet, aucun contrat de garantie n'est conclu entre le fabricant et le dernier acheteur (utilisateur) et on ne peut déduire du mode d'emploi l'existence d'un tel contrat.

Enfin, le recours du dernier vendeur contre le fabricant ou l'intermédiaire sur la base de l'art. 97 al. 1 CO n'entre pas en considération, car on ne peut souvent leur reprocher aucune faute. Une responsabilité précontractuelle est également à éliminer, car le fabricant et l'utilisateur du produit ne sont jamais entrés en pourparlers contractuels.

D'une manière générale, le principe de la relativité des conventions s'oppose à une saine réparation du dommage subi par les consommateurs. Ainsi, si des proches de l'acheteur sont blessés lors de l'utilisation d'un

⁸² Voir Schönle, *loc. cit.*, p. 489 ; voir Petitpierre, *Mélanges Deschenaux...*, *loc. cit.*, p. 340 qui admet que « l'opération de vente à fin de revente permet de construire une promesse implicite du vendeur qu'il donne sa garantie pour un délai plus long d'une année ». La solution de Petitpierre est sans aucun doute équitable et intéressante, néanmoins, nous avons quelque scrupule à la retenir, ce d'autant plus que le Tribunal fédéral, dans une jurisprudence récente, admet que la dérogation à la prescription annale de l'art. 210 al. 1 CO doit être expressément prévue par les parties. *SmJud* 98 (1976) p. 356.

⁸³ Schönle, *loc. cit.*, p. 490.

⁸⁴ Schönle, *loc. cit.*, p. 490.

⁸⁵ AG, BE, *ZBJV* 64 (1928) p. 173, 176.

produit défectueux, ils ne pourront pas, en l'absence de contrat, recourir contre le vendeur, mais devront intenter une action contre le fabricant sur la base de l'art. 41 CO, c'est-à-dire en apportant la preuve de la faute. Il est inéquitable que la personne lésée ne puisse ainsi recevoir une indemnité. Aussi, lorsque l'exécution défectueuse du contrat est de nature à mettre en danger la vie ou la santé de *tierces personnes appartenant à l'entourage du créancier* (membres de sa famille, employés...) et qui sont appelés à « entrer en contact » avec la prestation faite par le débiteur, on doit admettre une « entorse » au principe de la relativité des conventions et obliger le vendeur à réparer le dommage causé au tiers, bien que celui-ci ne soit pas partie du contrat. Il s'agit non pas de l'inexécution de la prestation, mais de la transgression des devoirs accessoires de diligence ou de sécurité qui résultent du contrat selon les règles de la bonne foi. En interprétant le contrat (contrats comportant un effet de protection envers les tiers), on doit permettre au tiers lésé de réclamer au vendeur la réparation de son dommage causé directement par la livraison de marchandises défectueuses. Cette théorie est admise dans la doctrine et la jurisprudence allemandes⁸⁶, ainsi que dans la doctrine suisse⁸⁷.

Toutefois, une telle solution ne fait qu'aggraver la position défavorable du vendeur qui devra répondre sans sa faute non seulement du dommage causé à son acheteur, mais également du dommage causé à l'entourage de son acheteur, alors que lui-même sera privé d'un droit de recours contre son fabricant ! Non seulement l'art. 208 CO est un moyen inadéquat pour fonder une responsabilité du fabricant du fait des produits défectueux, mais encore une interprétation dogmatique de cette disposition conduit à des résultats inéquitables.

Nous nous trouvons donc devant une situation peu satisfaisante et inéquitable, qui ne peut être écartée que par l'élaboration d'une loi spéciale instituant une responsabilité extracontractuelle causale de fabricant⁸⁸. C'est la seule solution saine si l'on veut éviter les inéquités auxquelles

⁸⁶ Voir Larenz I, *loc. cit.*, p. 119 s. ; voir BGH, NJW, 1959, p. 1676.

⁸⁷ Yung, La responsabilité..., *loc. cit.*, p. 305 ss., p. 312 ; Tandogan, Théorie générale des obligations..., *loc. cit.*, p. 19 ; von Tuhr-Escher, *loc. cit.*, p. 112 note 118.

Cf. également art. 254 al. 3 CO et 399 al. 3 CO, qui confèrent expressément aux tiers une action directe contre le débiteur qui n'exécute pas ses obligations contractuelles. La jurisprudence suisse, il est vrai, est muette sur ce sujet. Seul un arrêt de 1955 (ATF 81 (1955) II 129 = JT 1955 I p. 525) a effleuré le problème.

⁸⁸ Voir notamment Petitpierre, *loc. cit.*, p. 148 ss. ; à l'heure actuelle, le Conseil de l'Europe élabore une convention européenne sur la responsabilité du fait des produits en cas de lésions corporelles et de décès ; voir Conseil de l'Europe, Séries des Traités européens, N° 91 ; de même, la Commission de la CEE a rédigé une proposition de « Directive relative au rapprochement des dispositions législatives réglementaires et administratives des Etats membres en matière de responsabilité de fait des produits défectueux », voir Bulletin des Communautés européennes, Supplément 11/76 ; voir Schönle, *loc. cit.*, p. 491 ; voir également Cavin, *loc. cit.*, p. 116 s., qui admet que l'art. 55 CO constitue une protection suffisante.

conduit une application logique de l'art. 208 CO. Une aggravation de la responsabilité du fabricant aura des répercussions sur les primes d'assurance responsabilité civile et sur les prix à la consommation. Toutefois, comme le dit Schönle⁸⁹, « *c'est le prix à payer pour écarter la solution choquante qu'une interprétation et application dogmatiques de nos règles de droit actuelles nous imposent* ».

⁸⁹ Schönle, *loc. cit.*, p. 492.

CHAPITRE V

LA PRESCRIPTION

A LE DÉLAI LÉGAL DE PRESCRIPTION

I. *Etendue de la prescription*

Dans le domaine contractuel, les différentes actions se prescrivent par dix ans (art. 127 CO) ou par cinq ans (art. 128 CO). Toutefois, dans l'intérêt de la sécurité des rapports commerciaux, il était nécessaire d'établir, pour les actions édiliciennes, un délai de prescription beaucoup plus court. Une telle solution s'impose et met le vendeur à l'abri de toute incertitude qui ne peut que nuire aux transactions commerciales. Comme le mentionne justement Heim¹, « *le court délai vise d'une part à éviter des vaines contestations sur l'apparition des vices, et d'autre part à abréger le temps durant lequel le sort du contrat reste incertain* ».

La prescription établie par l'art. 210 al. 1 CO est une véritable prescription et non une péremption (Präklusivfrist)² ; dès lors, les dispositions sur la suspension et l'interruption de la prescription s'appliquent³. L'obligation prescrite se transforme en une obligation naturelle⁴.

Cette prescription ne s'applique pas seulement aux actions rédhibitoire et minutoire, mais à toutes les actions découlant de la garantie, y compris l'action en dommages-intérêts basée sur l'art. 97 al. 1 CO⁵.

¹ Heim, *loc. cit.*, p. 23.

² Baur, *loc. cit.*, p. 67 ; Jäger, *loc. cit.*, p. 129 ; Katz, *loc. cit.*, p. 80 ; Heim, *loc. cit.*, p. 24 ; Becker, *loc. cit.*, Art. 210 N° 1 ; Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 210 N° 2 ; Cavin, *loc. cit.*, p. 105 ; Giger, *loc. cit.*, Art. 210 N° 9 ; Guhl-Merz-Kummer, *loc. cit.*, p. 336 ; Spiro, *loc. cit.*, p. 83 ss. La prescription, au contraire de la péremption, ne peut être soulevée d'office par le juge, mais doit être invoquée par les parties.

³ Voir *infra*, p. 160 s.

⁴ Engel, *loc. cit.*, p. 45 ; Giger, *loc. cit.*, Art. 210 N° 11 ; voir l'art. 210 al. 2 CO.

⁵ Voir ATF 58 (1932) II 210 = JT 1933 I p. 155 ; ATF 63 (1937) II 401 = JT 1938 I p. 306 ; ATF 77 (1951) II 423 = JT 1952 I p. 69 ; ATF 89 (1963) II 406 ; ATF 90 (1964) II 87 = JT 1964 I p. 560 ; TF, SemJud 76 (1954) p. 153 ; Cour de Justice, SemJud 69 (1947) p. 376 ; ZR 42 (1943) N° 2, où le Handels-

II. *Durée et commencement de la prescription*

Toute action en garantie pour les défauts de la chose se prescrit par une année (cinq ans pour les immeubles à compter du transfert de propriété, art. 219 al. 3 CO).

La prescription commence à courir avec la livraison de la chose, et non avec la connaissance du défaut. Ceci vaut aussi bien pour les défauts apparents que pour les défauts cachés ou intentionnellement dissimulés⁶ ; l'absence de connaissance des défauts par l'acheteur n'a aucune influence sur le commencement de la prescription⁷. Pour les contrats de vente conclus sous condition suspensive, la prescription commence, malgré la livraison anticipée, avec l'arrivée de la condition⁸ ; par contre, en cas de contrat de vente à livraisons successives, la prescription commence à courir après chaque livraison⁹.

La loi ne dit pas ce qu'on entend par livraison. Selon la conception générale, l'objet de la vente est livré s'il est mis à la disposition de l'acheteur avec l'intention d'exécuter le contrat. Il faut donc que l'acheteur ait acquis un pouvoir effectif sur la chose, avec la possibilité d'en éprouver les qualités¹⁰. La transmission à un expéditeur, de même qu'à un représentant de l'acheteur suffit¹¹. Toutefois, si en règle générale, livraison et transmission de la chose vont de paire, le délai de prescription commence à courir uniquement à partir de la livraison de la chose vendue¹².

gericht de Zurich a appliqué l'art. 210 al. 1 CO à une action en remplacement de la chose vendue.

A noter que l'art. 371 al. 1 CO concernant les défauts de l'ouvrage dans le contrat d'entreprise renvoie à l'art. 210 CO pour la prescription des actions que peut intenter le maître (voir néanmoins art. 371 al. 2 CO). Cour de Justice, SemJud 73 (1951) p. 605 ; Cour de Justice, SemJud 88 (1966) p. 587 ; Cour de Justice, SemJud 92 (1970) p. 557 ; ATF 96 (1970) II 181. *Contra* : Giger, *loc. cit.*, Vorbem. Art. 197-210 N° 20 ss., qui refuse d'appliquer les art. 201 et 210 CO à l'action en dommages-intérêts basée sur l'art. 97 al. 1 CO ; voir *infra*, p. 186 ss.

⁶ Furrer, *loc. cit.*, p. 87 ; Cavin, *loc. cit.*, p. 106 ; Becker, *loc. cit.*, Art. 210 N° 3.

⁷ Le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si le délai de garantie est observé lorsque les effets perceptibles des défauts sont annoncés avant l'expiration du délai, alors même que la nature exacte de ces vices est encore inconnue à cette époque ; SemJud 78 (1956) p. 55 ss.

⁸ Baur, *loc. cit.*, p. 70 ; Giger, *loc. cit.*, Art. 210 N° 40 ; Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 210 N° 4.

⁹ Furrer, *loc. cit.*, p. 87 ; Baur, *idem* ; Oser-Schönenberger, *idem* ; Becker, *loc. cit.*, Art. 210 N° 3 ; Giger, *loc. cit.*, Art. 210 N° 39.

¹⁰ Witschi, *loc. cit.*, p. 58 ; Giger, *loc. cit.*, Art. 210 N° 36. La Cour de Justice de Genève a jugé qu'il y avait livraison au sens de l'art. 210 CO lorsque le vendeur dispose de la marchandise selon les indications de l'acheteur et l'envoie à des tiers-acquéreurs ; Cour de Justice, SemJud 75 (1953) p. 92.

¹¹ Baur, *loc. cit.*, p. 69-70.

¹² Witschi, *loc. cit.*, p. 58.

III. *Suspension et interruption de la prescription*

La prescription de l'art. 210 al. 1 CO étant une véritable prescription, les dispositions générales sur la suspension ou l'interruption de la prescription (art. 134-138 CO) valent également pour les actions en garantie. Ainsi, la promesse du vendeur — même non explicite et seulement déduite d'actes concluants — de remédier aux défauts interrompt la prescription¹³, car ce dernier a reconnu par là son obligation de garantie¹⁴.

A ce sujet, le Tribunal fédéral, dans un arrêt important de 1970¹⁵ a admis, qu'en matière de garantie pour les défauts de la chose vendue, l'acte qui suspend ou interrompt la prescription pour l'une des prétentions que peut élever l'acheteur la suspend ou l'interrompt également pour les autres. Notre Cour suprême rejoint l'opinion de Jäger¹⁶, Becker¹⁷ et Oser-Schönenberger¹⁸.

En droit allemand, le § 477 Abs. 3 BGB prévoit que l'acte qui interrompt ou suspend la prescription pour les prétentions issues de la résolution, de la diminution du prix ou des dommages-intérêts, a le même effet pour les autres prétentions. Une telle solution se justifie en droit suisse. Ainsi, la prescription est interrompue non seulement en cas de résolution, mais également en cas de réduction du prix, de remplacement de la chose vendue, d'actions en dommages-intérêts découlant de la garantie ou en réparation des défauts de la chose. Une telle solution permet à l'acheteur de modifier son action en justice¹⁹.

Ce principe jouera également pleinement dans le cas où l'acheteur, ayant réclamé la résolution, se voit accorder par le juge la réduction du prix ; l'acte qui interrompt la prescription de l'action rédhibitoire interrompt aussi la prescription de l'action minutoire. Ce principe trouve également pleine justification dans la mesure où le juge tenant l'une des prétentions pour non fondée, l'acheteur en fait valoir une autre par une nouvelle action. Comme l'admet le Tribunal fédéral²⁰, « *ce serait compliquer de façon insupportable la liquidation des droits que d'obliger l'acheteur, pour les sauvegarder, d'agir séparément pour chacun d'eux par la voie d'actions ou de poursuites afin d'éviter qu'il ne se prescrivent. On ne*

¹³ OG, LU, ZBJV 85 (1949) p. 327.

¹⁴ Furrer, *loc. cit.*, p. 89 ; Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 210 N° 7 ; Becker, *loc. cit.*, Art. 210 N° 1 ; Giger, *loc. cit.*, Art. 210 N° 16.

¹⁵ ATF 96 (1970) II 181.

¹⁶ Jäger, *loc. cit.*, p. 134 ss.

¹⁷ Becker, *loc. cit.*, Art. 210 N° 8.

¹⁸ Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 210 N° 7.

¹⁹ *Contra* : Cavin, *loc. cit.*, p. 106. Cf. *supra*, p. 120. Cf. ATF 96 (1970) II 181 cons. 3 b où le Tribunal fédéral admet la modification d'une action en justice (« ... le vendeur doit s'attendre à ce que l'acheteur, après avoir élevé une prétention, passe à une autre ou cumule deux réclamations »).

²⁰ ATF 96 (1970) II 181, cons. 3b.

²¹ Furrer, *loc. cit.*, p. 89.

voit pas quel intérêt légitime le vendeur pourrait avoir à une telle complication ».

Toutefois, en accord avec Furrer ²¹, nous admettons que la prescription n'est pas interrompue pour les actions qui ont été intentées sur la base d'un autre défaut que celui mentionné dans la prétention initiale, car l'effet interrupteur ne prend place que dans le domaine dans lequel la litispendance est intervenue ²².

IV. Modification du délai de prescription

Indépendamment délai de garantie, le délai légal de prescription peut être modifié par convention entre les parties contractantes. Ainsi, les délais légaux de prescription étant — dans le droit de la garantie — de nature dispositive, l'art. 210 al. 1 constitue une exception à l'art. 129 CO. Toutefois, une prolongation du délai, qui dépasserait la prescription légale de dix ans (art. 127 CO), nous semble exclue ²³.

La prolongation du délai de prescription peut valoir uniquement pour des défauts déterminés. De même, à côté de la prolongation du délai, les parties peuvent également faire dépendre le commencement de la prescription de l'arrivée d'un événement déterminé, par exemple la découverte du défaut ²⁴.

Les parties peuvent également convenir d'un raccourcissement du délai de prescription ²⁵.

Toutefois, le délai légal de prescription ne peut être raccourci de telle sorte que les actions édiliciennes ne puissent pratiquement plus être invoquées ²⁶. Selon Furrer ²⁷, un délai injustement trop court peut être ramené, selon le principe de la bonne foi, à un délai convenable ²⁸.

²² A noter que l'art. 139 CO s'applique également. Baur, *loc. cit.*, p. 71.

²³ Furrer, *loc. cit.*, p. 87 ; Giger, *loc. cit.*, Art. 210 N° 43 ; Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 210 N° 6 ; *contra* : Baur, *loc. cit.*, p. 72, qui admet que les art. 127 ss. CO (concernant les délais de prescription) sont absolument exclus dans le cadre de l'art. 210 al. 1 CO. Il n'y a, selon cet auteur, pas de limite à une prolongation conventionnelle du délai de prescription.

²⁴ Furrer, *loc. cit.*, p. 88 ; Giger, *loc. cit.*, Art. 210 N° 47.

²⁵ Giger, *loc. cit.*, Art. 210 N° 44 ; Cavin, *loc. cit.*, p. 107. Le raccourcissement du délai de prescription peut être déduit de l'interprétation de l'art. 199 CO ; voir Cavin, *loc. cit.*, p. 107 note 32.

²⁶ KG, GR, SJZ 51 (1955) p. 212.

²⁷ Furrer, *loc. cit.*, p. 88 ; *contra* : Giger, *loc. cit.*, Art. 210 N° 45.

²⁸ Baur, *loc. cit.*, p. 73, conteste la validité d'un raccourcissement du délai de prescription, l'art. 210 al. 1 CO ne prévoyant expressément qu'une possibilité de prolongation.

B L'INTERPRÉTATION DU DÉLAI DE GARANTIE

Les contrats de vente de choses mobilières et immobilières sont assortis, bien souvent, de clauses spéciales de garantie. Par exemple, un vendeur promet sa garantie pour deux ans. La signification du délai de garantie (Garantiefrist), en particulier en rapport avec le délai de prescription, n'est pas de toute simplicité.

L'accord entre les parties sur un délai de garantie peut avoir, selon les circonstances, une signification différente. On doit interpréter chaque cas particulier en fonction du but que les parties voulaient atteindre avec le délai de garantie. Le contenu de l'accord est le premier critère de la signification de ce délai ²⁹.

Ainsi, le délai de garantie peut valoir — exceptionnellement — comme délai d'avis (Rügefrist) ³⁰. Ce délai d'avis est un délai de péremption ³¹. Dans ce cas, la prescription de l'action est ajournée ; ainsi, en cas de prolongation de trois ans du délai d'avis des défauts, le délai de prescription commence à courir à l'écoulement de deux années ³².

Mais, en règle générale ³³, le délai de garantie a la signification d'un délai de prescription, c'est-à-dire d'un délai à l'intérieur duquel les actions édiliciennes peuvent être invoquées ³⁴. Dès lors, la fixation d'un tel « délai de garantie » a-t-elle une influence sur le délai légal de prescription de l'action édilicienne ? Le rapport du délai de garantie et du délai de prescription varie selon trois cas :

I. *Le délai de garantie est plus long que le délai de prescription*

Il s'agit du cas le plus fréquent ; le délai d'ouverture des actions édiliciennes est alors prolongé au moins jusqu'au terme du délai de

²⁹ Witschi, *loc. cit.*, p. 59.

³⁰ Furrer, *loc. cit.*, p. 90 ; Giger, *loc. cit.*, Art. 210 N° 53 ; Becker, *loc. cit.*, Art. 210 N° 2 ; ATF 24 (1898) II 596 = JT 1899 p. 19 ; OB, BL, SJZ (1942/43) p. 229 N° 142.

³¹ Witschi, *loc. cit.*, p. 61.

³² Baur, *loc. cit.*, p. 73 ; Becker, *loc. cit.*, Art. 210 N° 2 ; *contra* : Furrer, *loc. cit.*, p. 88 qui admet que la prolongation du délai d'avis n'a aucun lien avec un ajournement de la prescription.

³³ Rappelons qu'il n'y a pas de réponse générale au problème de savoir si le délai de garantie équivaut à un délai de prescription ou à un délai d'avis des défauts. La solution à ce problème doit se faire selon les circonstances particulières du cas, en interprétant le contenu du contrat. Voir Witschi, *loc. cit.*, p. 62.

³⁴ Voir ATF 63 (1937) II 180 = JT 1937 I p. 521 ; l'opinion selon laquelle l'acheteur ne peut disposer, depuis l'écoulement du délai légal jusqu'à la fin du délai de garantie, que d'une action en réparation est erronée ; voir Witschi, *loc. cit.*, p. 61.

garantie stipulé³⁵, ceci étant expressément prévu par l'art. 210 al. 1 in fine CO.

En cas de doute, le Tribunal fédéral³⁶ a admis que les parties ont voulu faire expirer avec le délai de garantie stipulé le délai de l'action en garantie des défauts de la chose vendue.

Enfin, dans un arrêt récent, la Cour suprême helvétique³⁷, changeant sa jurisprudence, a admis un délai de prescription d'une année, malgré une garantie implicite d'authenticité de timbres-postes faisant l'objet d'une vente de collection. Elle a jugé que l'exception à la prescription annale, instituée par l'art. 210 al. 1, 2^e phrase, ne concerne que le cas où le vendeur s'est engagé à répondre pour une plus longue durée en cas d'inauthenticité de la chose vendue. Le Tribunal a ainsi abandonné son ancienne jurisprudence³⁸ selon laquelle une garantie d'authenticité implique que l'acheteur puisse s'en prévaloir en tout temps jusqu'à l'expiration du délai ordinaire de prescription de dix ans.

Une telle solution doit être approuvée, et nous ne pouvons que souscrire aux arguments du Tribunal fédéral. Notre instance suprême a jugé que l'interprétation de l'art. 210 al. 1, 2^e phrase CO qu'elle donnait jusqu'alors allait « *au-delà du sens de cette disposition, qui ne consacre une exception à la prescription annale de l'action en garantie, que dans l'hypothèse où le vendeur s'est engagé à répondre pour une plus longue durée des suites légales des défauts ou de l'absence d'une qualité promise de la chose vendue. Assimiler à ce cas tous ceux où le vendeur garantit une qualité qui ne dépend pas de l'écoulement du temps ou qui détermine l'identité même de la chose — en l'occurrence, le vendeur avait garanti l'authenticité des fragments litigieux — aboutirait au surplus à vider de sa substance l'art. 210 al. 1 CO* ».

II. Le délai de garantie est plus court que le délai de prescription

Il s'agit d'un cas assez rare, par exemple où le vendeur donne sa garantie pendant six mois. Le délai légal de prescription est-il alors modifié ?

³⁵ Heim, *loc. cit.*, p. 24.

³⁶ ATF 78 (1952) II 367 = JT 1953 I p. 273 ; voir Heim, *loc. cit.*, p. 24, selon qui il appartient à l'acheteur qui se prévaut d'une interprétation plus favorable et qui soutient, p. ex., que la prescription a été prolongée, de prouver son point de vue. *Contra* : Becker, *loc. cit.*, Art. 210 N° 2, qui admet que, dans le doute, on jugera au détriment du vendeur, celui-ci supportant le fardeau de la preuve.

³⁷ Tribunal fédéral, SemJud 98 (1976) p. 356 = ATF 102 (1976) II 97 ; voir Giger, *loc. cit.*, Art. 210 N° 54.

³⁸ Voir ATF 56 (1930) II 424 ; ATF 94 (1968) II 26 = JT 1969 I 323 ; Cavin, *Considérations...*, *loc. cit.*, p. 342-343, approuve cette ancienne jurisprudence. Il précise (p. 343) que cette jurisprudence « vaut pour tous les cas où une qualité substantielle de la chose inhérente à sa nature est affirmée explicitement ou même implicitement... ». Voir également Cavin, *loc. cit.*, p. 107.

L'art. 210 CO étant de droit dispositif, les parties sont libres de fixer un délai de prescription plus court que le délai légal ³⁹. De plus, on peut déduire de l'art. 199 CO un raccourcissement du délai de prescription, un tel raccourcissement équivalant à une limitation de la responsabilité du vendeur.

Toutefois, la seule fixation d'un délai de garantie plus court que le délai légal de prescription n'implique pas que les parties aient voulu modifier ce délai légal de prescription ⁴⁰. En cas de doute, on doit admettre que l'acheteur pourra exercer ses actions édiliciennes jusqu'au délai légal de l'art. 210 al. 1 CO ⁴¹.

III. *Le délai de garantie ne modifie pas le délai de prescription*

Dans ce cas, les parties n'ont pas voulu modifier le droit existant ⁴². En cas de doute, on doit admettre, selon le Tribunal fédéral ⁴³, que les parties ont voulu faire expirer avec le délai de garantie stipulé le délai de l'action en garantie pour les défauts de la chose vendue.

C LES EXCEPTIONS DE L'ACHETEUR DÉRIVANT DES DÉFAUTS DE LA CHOSE

Les actions édiliciennes s'éteignent à l'échéance du délai de prescription. Toutefois, la loi, voulant ménager les intérêts de l'acheteur, prévoit que « *les exceptions dérivant des défauts de la chose subsistent, lorsque l'avis prévu par la loi a été donné au vendeur dans l'année à compter de la livraison* ».

L'exception n'accorde à l'acheteur — qui a avisé des défauts — aucune action, mais doit être comprise comme un moyen de défense « *Verteidigungsmittel* » contre les prétentions du vendeur ⁴⁴.

La notion d'exception n'est pas entendue dans un sens procédural ⁴⁵ ; elle signifie le pouvoir d'une personne d'empêcher l'exécution du droit

³⁹ Giger, *loc. cit.*, Art. 210 N° 56 ; Furrer, *loc. cit.*, p. 91 ss. ; Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 210 N° 6 ; Witschi, *loc. cit.*, p. 59 ss. *Contra* : Heim, *loc. cit.*, p. 25.

Voir également ATF 78 (1952) II 367 = JT 1953 I p. 273, où le Tribunal fédéral a dit que le délai de prescription de l'action est censé expirer avec le délai de garantie stipulé, sauf si le délai légal de prescription est plus long que le délai conventionnel de garantie.

⁴⁰ Heim, *loc. cit.*, p. 25.

⁴¹ Furrer, *loc. cit.*, p. 91 ; Witschi, *loc. cit.*, p. 64 ; Giger, *loc. cit.*, Art. 210 N° 56 ; HG, AG, SJZ 55 (1959) p. 90 N° 33.

⁴² Witschi, *loc. cit.*, p. 64 ; Heim, *loc. cit.*, p. 25 ; Giger, *loc. cit.*, Art. 210 N° 55 ; Guhl-Merz-Kummer, *loc. cit.*, p. 339.

⁴³ ATF 78 (1952) II 367 = JT 1953 I p. 273.

⁴⁴ Furrer, *loc. cit.*, p. 90 ; Baur, *loc. cit.*, p. 73. L'exception vaut pour toutes les actions en garantie, y compris l'action en dommages-intérêts basée sur l'art. 97 al. 1 CO.

⁴⁵ Becker, *loc. cit.*, Art. 210 N° 5.

de l'autre partie, sous certaines conditions⁴⁶. Cette exception prévue à l'art. 210 al. 2 CO permet à l'acheteur d'objecter les actions dérivant des défauts de la chose aux prétentions du vendeur en restitution de la chose non payée ou en paiement du prix⁴⁷.

A ce sujet, une partie de la doctrine et de la jurisprudence estime que les actions du vendeur doivent découler de la même opération juridique, du même contrat de vente sur la chose vendue litigieuse⁴⁸.

Par contre, une autre partie de la doctrine et de la jurisprudence⁴⁹, ainsi que le Tribunal fédéral, admettent que les exceptions de l'acheteur s'appliquent également aux réclamations du vendeur découlant d'autres opérations juridiques. Ainsi, notre Cour suprême a jugé que les prétentions prescrites de l'acheteur, dérivant des défauts, pouvaient être compensées non seulement avec celles que le vendeur fonde sur la même vente, mais aussi avec d'autres créances de ce dernier, autant qu'elles n'étaient pas prescrites à l'échéance de ces créances.

Notre Cour suprême fonde sa solution sur le texte même de l'art. 210 al. 2 CO. L'expression « *exceptions dérivant des défauts de la chose* » définit le fondement juridique du droit propre de l'acheteur, mais non celui de la créance à laquelle ce droit est opposé par voie d'exception. Le texte de l'art. 210 al. 2 CO, rédigé de façon large, n'est au contraire pas inconciliable avec l'opinion selon laquelle l'acheteur peut également se fonder sur cette disposition pour éteindre une créance qui ne dérive pas de la vente en question.

En effet, le texte de l'art. 210 al. 2 CO permettrait une interprétation large. Il dit que l'acheteur peut objecter aux actions du vendeur la résolution ou la réduction du prix, ou compenser son action en dommages-intérêts négatifs (selon l'art. 208 al. 2 et 3 CO) aux prétentions du vendeur. Mais la loi ne mentionne pas de quelles prétentions il s'agit. Dès lors, nous ne pouvons que souscrire à la solution du Tribunal fédéral, d'autant plus qu'une telle solution doit être préférée pour des motifs d'ordre pratique et matériel. Le seul argument sérieux qui limiterait en faveur d'une interprétation restrictive de l'art. 210 al. 2 CO serait qu'une telle solution fournisse à l'acheteur la possibilité de « *tourner les dispo-*

⁴⁶ Baur, *loc. cit.*, p. 73-74.

⁴⁷ Furrer, *loc. cit.*, p. 90 ; Becker, *loc. cit.*, Art. 210 N° 5 ; voir Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 210 N° 8, qui conteste le fait d'invoquer cette exception contre l'action du vendeur en restitution de la chose.

⁴⁸ Furrer, *loc. cit.*, p. 89 ; Becker, *loc. cit.*, Art. 210 N° 5 ; HG, ZR 48 (1949) N° 152 ; HG, ZR 6 (1907) N° 174 ss. ; Schwander W., Die Verjährung ausser-vertraglicher und vertraglicher Schadenersatzforderungen, thèse Fribourg 1963, p. 108 ; Oberlandsgericht Frankfurt a.M., 30 mars 1976 : l'action en garantie prescrite peut tout simplement être invoquée comme exception contre l'action en paiement du prix sur le même contrat (voir Brox, *loc. cit.*, Bd II, Rdnr. 94) ; la compensation avec d'autres actions du vendeur n'est pas permise, Wertpapier-Mitteilungen IV 30 (1976), p. 939.

⁴⁹ ATF 91 (1965) II 213 = JT 1966 I j. 176 ; Escher Arnold, *loc. cit.*, p. 174 ss. ; Jäger, *loc. cit.*, p. 139 ; Katz, *loc. cit.*, p. 81 ; Cavin, *loc. cit.*, p. 108 ; Giger, *loc. cit.*, Art. 210 N° 69.

sitions sur la prescription, dans la mesure où elle lui permet de n'exercer ses droits que lorsqu'il a contracté de nouvelles dettes envers le vendeur sur la base d'un autre acte juridique ; il pourrait alors même conclure avec lui un nouvel achat à crédit en vue précisément de faire renaître les droits de garantie atteints par la prescription »⁵⁰.

Mais, comme le dit justement le Tribunal fédéral⁵¹, « l'acheteur qui tenterait de faire renaître des droits prescrits dérivant des défauts de la chose en contractant une nouvelle obligation envers le vendeur, notamment en obtenant de celui-ci des marchandises à crédit, se heurterait déjà à l'art. 120 al. 3 CO »⁵². En effet, la condition de l'art. 120 al. 3 CO, selon laquelle la créance prescrite invoquée ne doit pas avoir été atteinte par la prescription au moment où elle pouvait être compensée, n'est donnée que si l'autre créance a pris naissance et est devenue exigible avant la prescription⁵³.

Les exceptions de l'acheteur se prescrivent par dix ans, selon l'art. 127 CO. Les parties peuvent cependant, compte tenu de la nature dispositive des dispositions sur la garantie, raccourcir — mais non allonger — le délai de prescription applicable aux exceptions de l'acheteur. Cependant, un tel raccourcissement ne doit pas avoir pour but de limiter les exceptions de l'art. 210 al. 2 CO⁵⁴.

D LE DÉLAI DE PRESCRIPTION EN CAS DE DOL DU VENDEUR

L'art. 210 al. 3 CO dit que « le vendeur ne peut invoquer la prescription d'un an, s'il est prouvé qu'il a induit l'acheteur en erreur intentionnellement ». L'art. 210 al. 3 CO renvoie donc aux art. 199 CO et 203 CO ; dans ces trois cas, il s'agit d'un même comportement dolosif du vendeur⁵⁵.

Si la prescription annale de l'art. 210 al. 1 CO ne peut s'appliquer, il s'agit de savoir quel est le délai de prescription des actions de l'acheteur en garantie des défauts de la chose vendue.

A ce sujet, la doctrine et la jurisprudence sont divisées.

Une partie de la doctrine⁵⁶ et de la jurisprudence⁵⁷ admet que les actions édiliciennes de l'acheteur se prescrivent, en cas de dol du vendeur, par une année dès la découverte de la tromperie, conformément à l'art. 60 al. 1 CO. Ces auteurs invoquent, pour l'application par analogie de la

⁵⁰ HG, ZR 48 (1949) N° 152 p. 294.

⁵¹ ATF 91 (1965) II 213 = JT 1966 I 178-179.

⁵² Ce qu'admet d'ailleurs expressément Furrer, *loc. cit.*, p. 91.

⁵³ ATF 91 (1965) II 213 ss. = JT 1966 I p. 179.

⁵⁴ Furrer, *loc. cit.*, p. 90.

⁵⁵ OG, ZR 30 (1931) N° 56.

⁵⁶ Becker, *loc. cit.*, Art. 210 N° 4 ; Schubiger, *loc. cit.*, p. 118 ; Katz, *loc. cit.*, p. 88 ; Guhl-Merz-Kummer, *loc. cit.*, p. 333 ; Spiro, *loc. cit.*, p. 85 ; Weber, *loc. cit.*, p. 116.

⁵⁷ KG, SG, SJZ 55 (1959) p. 261 N° 101.

prescription extracontractuelle, en particulier la sécurité juridique et le fait que le dol est un acte illicite au sens de l'art. 41 CO.

Une autre partie de la doctrine⁵⁸ et de la jurisprudence — y compris celle du Tribunal fédéral⁵⁹ — admettent que les actions de l'acheteur se prescrivent, dans ce cas, par dix ans à compter de la livraison de la chose (art. 127 CO).

La solution du Tribunal fédéral doit être approuvée. En effet, en cas de dol, une courte prescription ne s'impose pas, la protection des intérêts du vendeur n'étant pas dès lors à prendre en considération.

En outre, la doctrine qui prévoit une prescription annale (art. 60 al. 1 CO) assimile le dol à un acte illicite. Or, si le dol est bien souvent un acte illicite, il ne constitue pas en lui-même un acte illicite⁶⁰, c'est-à-dire que le dol n'implique pas forcément la violation d'une norme impérative de comportement de droit écrit ou non écrit, destinée à protéger les biens juridiques et patrimoniaux des particuliers. Un dol n'est un acte illicite que s'il constitue, p. ex., une escroquerie au sens de l'art. 145 CPS. Le délai de prescription est donc de dix ans, selon l'art. 127 CO⁶¹.

⁵⁸ Furrer, *loc. cit.*, p. 86 ; Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 210 N° 9 ; Baur, *loc. cit.*, p. 76 ; Witschi, *loc. cit.*, p. 58 ; Giger, *loc. cit.*, Art. 210 N° 73.

⁵⁹ ATF 96 (1970) II 181 ; ATF 100 (1974) II 30 = JT 1975 I p. 73 ; ATF 89 (1963) II 405 ; ATF 81 (1955) II 138 = JT 1956 I p. 46 ; ATF 58 (1932) II 140 = JT 1933 I p. 162 ; Cour de Justice, SemJud 89 (1967) p. 465 ; OG, LU, ZBJV 87 (1951) j. 319 ; OG, ZR 56 (1957) N° 98 ; OG, LU, SJZ 50 (1954) p. 211 N° 110.

⁶⁰ *Contra* : Engel, *loc. cit.*, p. 239, 245.

⁶¹ L'art. 31 CO (constituant une *péremption*) qui prévoit un délai d'une année depuis la découverte du dol, ne s'applique pas. Voir Witschi, *loc. cit.*, p. 58 ; Baur, *loc. cit.*, p. 76 ; ATF 81 (1955) II 138 = JT 1956 I p. 46 ; OG, TG, SJZ 29 (1932/33) p. 217 N° 154.

CHAPITRE VI

LA LIVRAISON D'UN ALIUD

A LA NOTION D'ALIUD

On parle d'« *aliud* », ou plus exactement de la « *livraison d'un aliud* » lorsque le vendeur livre à l'acheteur une autre chose que la chose due ¹.

Il faut distinguer clairement, lors de la livraison d'un aliud, les ventes de corps certains des ventes de choses de genre. Dans le premier cas (*Spezieskauf*), une autre chose individualisée que la chose promise est livrée à l'acheteur ² ; la chose livrée n'est pas identique avec celle qui avait été commandée ³. En cas de vente de choses de genre (*Gattungskauf*), une « *erfüllungsfähige Konzentration des Leistungsobjektes aus dem vereinbarten Gattungskreis* » ⁴ est due : il y a, dans ce cas, livraison d'un aliud lorsqu'une marchandise d'un tout autre genre a été livrée à l'acheteur ⁵.

Il s'agit d'établir une nette distinction entre la livraison défectueuse de la chose vendue (*Schlechtlieferung*) et la livraison d'une autre chose que celle qui faisait l'objet du contrat (*die Falschlieferung*). Dans le premier cas, la chose promise et commandée a bien été livrée, mais avec des défauts ; l'acheteur dispose des actions en garantie des défauts de la chose (art. 197 ss. CO). Dans le second cas, une autre chose que celle qui faisait l'objet du contrat a été livrée à l'acheteur ; il ne s'agit pas de la livraison d'une chose défectueuse, mais de la livraison d'une autre chose que celle convenue. Aussi, l'état de fait des art. 197 ss. CO n'étant pas réalisé — il n'y a pas de défaut —, l'acheteur ne peut disposer des actions édiliciennes et n'a droit qu'aux actions dérivant de l'inexécution des obligations contractuelles.

Pourtant, il ressort de la doctrine et de la jurisprudence qu'une distinction entre « *Schlechtlieferung* » et « *Falschlieferung* » n'est pas aisée à faire. Notre propos est d'examiner si l'acheteur peut invoquer les

¹ Schubiger, *loc. cit.*, p. 36 ; Erman-Weitnauer, *loc. cit.*, Vor § 459 N° 8.

² Schubiger, *idem*.

³ Becker, *loc. cit.*, Art. 197 N° 2.

⁴ Schubiger, *loc. cit.*, p. 36.

⁵ Becker, *loc. cit.*, Art. 197 N° 2 ; Giger, *loc. cit.*, Vorb. Art. 197-210 N° 44.

actions édiliciennes — plus exactement l'action rédhibitoire — en cas de livraison d'un aliud.

B LA LIVRAISON D'UN ALIUD DANS LA VENTE D'UN CORPS CERTAIN

En cas de livraison d'un aliud dans la vente d'un corps certain, la doctrine⁶, quasiment à l'unanimité, admet l'application des règles générales sur l'inexécution des obligations contractuelles. Ainsi, si un vendeur livre une autre chose que celle convenue entre les parties contractantes, l'acheteur dispose d'une action en exécution (si le vendeur est en demeure, les art. 102 ss. CO s'appliquent) ou, si le vendeur ne peut plus s'exécuter, d'une action en dommages-intérêts pour inexécution (art. 97 al. 1 CO)⁷.

En effet, en cas de vente d'un corps certain, l'objet de la prestation est la chose individualisée par les parties lors de la conclusion du contrat⁸. Dès lors, si la chose livrée n'est pas identique avec la chose de corps certain convenue, l'acheteur disposera des règles générales sur l'inexécution. L'identité externe entre la chose individualisée par les parties et la chose livrée est donc, dans la vente d'un corps certain, l'unique critère de distinction entre la « *Falschlieferung* » et la « *Schlechtlieferung* »⁹.

C'est donc à juste titre que le Tribunal fédéral¹⁰ a appliqué les actions en garantie des défauts de la chose en cas de livraison d'un tableau du peintre van Gogh qui n'était en réalité qu'une copie.

Notre Cour suprême a considéré que la chose livrée était bien celle que l'acheteur avait vue et, par conséquent, il y avait identité entre la chose convenue et la chose livrée ; le vendeur a livré ce que l'acheteur a choisi, commandé et acheté : on ne peut donc parler de livraison d'un aliud dans pareil cas¹¹, mais de livraison défectueuse.

Malgré toute la logique qu'elle comporte, cette solution a néanmoins été critiquée. Ainsi, certains auteurs ont suggéré que le droit de la garantie ne s'applique pas dans pareil cas, car il n'y a aucun défaut au sens de l'art. 197 al. 1 CO.

⁶ Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 197 N° 14 ; Katz, *loc. cit.*, p. 94-95 ; Neuenschwander, *loc. cit.*, p. 24 ss. ; Amaudruz, *loc. cit.*, p. 32 ; Giger, *loc. cit.*, Vorb. Art. 197-210 N° 46 ; Erman-Weitnauer, *loc. cit.*, Vor § 459 N° 10.

⁷ Dans la vente de corps certain (Spezialkauf), il s'agira bien souvent d'une action en dommages-intérêts pour inexécution, le vendeur ne pouvant pas, la plupart du temps, s'exécuter.

⁸ Katz, *loc. cit.*, p. 94.

⁹ Schubiger, *loc. cit.*, p. 42, 45.

¹⁰ ATF 82 (1956) II 411 = JT 1957 I p. 182.

¹¹ Voir ATF 52 (1926) II 143, où le Tribunal fédéral a admis, en cas de vente d'un tapis persan que l'acheteur avait reçu en croyant par erreur que c'était une pièce ancienne, que le tapis vendu et livré était celui qui avait été examiné par l'acheteur. Il n'y a donc pas livraison d'un aliud. Voir ATF 56 (1930) II 424, où il s'agissait de la livraison d'une copie d'une œuvre de Léopold Robert, avec garantie d'authenticité.

Becker ¹², notamment, exprime l'idée selon laquelle la livraison d'un tableau inauthentique acheté comme authentique constitue une livraison d'un aliud.

Bloch ¹³, dans une intéressante étude publiée à la suite de l'arrêt concernant le tableau de van Gogh ¹⁴, conteste également l'opinion du Tribunal fédéral. Selon cet auteur, la livraison d'une copie au lieu de l'original d'une œuvre d'art ne saurait constituer la livraison de la chose vendue, à laquelle la qualité promise fait défaut ; il s'agit plutôt de la livraison d'une autre chose. Bloch soutient que, s'agissant de tableaux, il ne peut y avoir identité entre la chose commandée et la chose livrée, car il ne saurait y avoir identité entre une copie et un original (qui constitue une unité). Cet auteur s'appuie également sur la jurisprudence des tribunaux français, qui, appelés à se prononcer maintes fois sur l'inauthenticité de tableaux vendus comme œuvres de maîtres, ont admis que « la falsification en pareille matière ... fait disparaître la chose elle-même que les parties avaient en vue » ¹⁵. Ainsi, conclut Bloch, il ne peut y avoir identité entre l'original et la copie, la qualité d'auteur d'un tableau étant l'existence ou l'essence même de l'œuvre d'art, si bien que l'absence de cette qualité fait disparaître la chose elle-même.

Aussi solide que puisse apparaître cette critique, nous contestons une telle solution. Avec la doctrine dominante, nous estimons que la distinction entre l'exécution défectueuse (*Schlechtlieferung*) et la livraison d'un aliud (*Falschlieferung*) n'est pas malaisée à faire en cas de vente d'un corps certain. Le problème est certes plus aigu dans le domaine du commerce d'œuvres d'art ; toutefois, si l'on souscrit à la théorie de Bloch, on doit forcément en conclure que le contrat de vente n'a pas été exécuté. Or, il a été exécuté, puisque l'acheteur a reçu l'objet qu'il avait acheté ; comme l'admet à juste titre le Tribunal fédéral, « quand c'est la chose vendue qui a été livrée, on ne peut pas parler d'un aliud ; c'est le cas même lorsque la chose livrée manque de certaines qualités, c'est-à-dire quand elle est affectée de défauts qui diminuent sa valeur ou son utilité prévue dans une telle mesure que, d'après les conceptions courantes en affaires, elle apparaît comme une chose d'un autre genre, d'une autre espèce ; là où la chose vendue a été effectivement livrée, c'est la chose due qui l'a été et le contrat a été exécuté » ¹⁶.

Nous estimons donc que la distinction entre « *Schlechtlieferung* » et « *Falschlieferung* » peut aisément se faire en cas de vente portant sur un corps certain ; il suffit d'établir si la chose livrée est bien celle qui fait l'objet du contrat, c'est-à-dire la chose examinée, commandée et achetée. Dans l'affirmative, il ne peut s'agir que de la livraison de la

¹² Becker, *loc. cit.*, Art. 24 N° 22 ; rem. prélim. Art. 197-210 N° 4 ; Art. 197 N° 2.

¹³ Bloch, *loc. cit.*, p. 209 ss.

¹⁴ ATF 82 (1956) II 411 = JT 1957 I p. 182.

¹⁵ Voir Bloch, *loc. cit.*, p. 211.

¹⁶ ATF 82 (1956) II 411 = JT 1957 I p. 182 ss., 185.

chose due, et non d'un aliud ; il y a exécution défectueuse et l'acheteur dispose des actions en garantie des défauts de la chose vendue. Dans la négative, il y a livraison d'un aliud et l'acheteur dispose d'une action en exécution ou en dommages-intérêts pour inexécution si le vendeur ne peut plus fournir sa prestation. Mais admettre que la livraison d'un tableau non authentique (et vendu comme authentique) constitue la livraison d'un aliud est parfaitement erroné ; d'ailleurs, même Katz¹⁷ — qui a profondément étudié les problèmes que pose le commerce d'œuvres d'art — soutient qu'une telle opinion méconnaît le sens même de la notion de corps certain (*Spezieskauf*).

Nous serions incomplet si nous ne mentionnions l'opinion de Schubiger, eu égard à la livraison d'un aliud en cas de vente d'un corps certain. Tout d'abord, cet auteur¹⁸ soutient que, dans ce domaine, la distinction entre exécution défectueuse et livraison d'un aliud est facile à établir. Dans le premier cas, il admet — à juste titre — l'application des art. 197 ss. CO ; toutefois, en cas de livraison d'un aliud, Schubiger refuse d'accorder à l'acheteur une action en exécution ou en dommages-intérêts pour inexécution, mais prévoit l'application des actions édiliciennes (art. 197 ss. CO)¹⁹. Ce résultat est l'aboutissement d'un processus selon lequel, dans l'examen des rapports entre les art. 197 ss. CO et les art. 97 ss. CO, seuls les premiers doivent s'appliquer. Ainsi, Schubiger renonce à la notion même d'aliud, dans la mesure où le recours à l'aliud met à l'écart des dispositions spéciales sur la garantie ; selon cet auteur, les art. 198, 201-202, 210 CO concernent le maintien de la sécurité des rapports contractuels (« *Verkehrssicherheit* ») ; dès lors, recourir à la notion d'aliud (et par conséquent, appliquer les art. 97 ss. CO) rend tout à fait illusoire l'application des règles spéciales sur la garantie.

Nous ne pouvons partager une telle manière de voir. Le but de l'étude de Schubiger est de démontrer que, dans le rapport entre les art. 197 ss. CO et les art. 97 ss. CO, seuls les premiers s'appliquent. Toutefois, si ceci est envisageable²⁰ quand un même état de fait réalise à la fois les conditions des art. 197 ss. CO et des art. 97 ss. CO, il ne peut en être de même en cas de livraison d'un aliud. Dans ce cas, en effet, l'état de fait de l'art. 197 al. 1 CO n'est pas réalisé ; il n'y a pas livraison défectueuse, mais livraison d'une autre chose ; dès lors, vouloir appliquer les art. 197 ss. CO — notamment les art. 198, 201, 202 et 210 — est parfaitement erroné. Quel que soit le but de ces dispositions, elles ne peuvent s'appliquer qu'à la livraison défectueuse, et non à la livraison d'un aliud.

Certes, leur but est de protéger le vendeur en cas de livraison d'une chose défectueuse ; il n'y a pas livraison d'une chose défectueuse, mais livraison d'un aliud. Ce sont deux notions différentes, avec des états de

¹⁷ Katz, *loc. cit.*, p. 95.

¹⁸ Schubiger, *loc. cit.*, p. 41.

¹⁹ Schubiger, *loc. cit.*, p. 122 ss.

²⁰ Sur le concours entre les art. 197 ss. CO et les art. 97 ss. CO, voir *infra*, p. 185 ss.

faits et des conséquences juridiques différentes. On ne peut prendre en considération les conséquences juridiques d'un état de fait pour un autre état de fait absolument différent.

Si la solution de Schubiger peut, à la rigueur, se concevoir en cas de vente de chose de genre — où la distinction entre « *Schlechtlieferung* » et « *Falschlieferung* » est plus nuancée²¹ —, elle est toutefois surprenante en cas de vente de corps certain, où l'auteur admet lui-même²² que la distinction entre ces deux notions est aisée à établir.

C LA LIVRAISON D'UN ALIUD DANS LA VENTE D'OBJETS DÉTERMINÉS PAR LEUR GENRE

I. *La controverse doctrinale*

La livraison d'un aliud dans la vente de choses de genre est un domaine subtil et délicat sur lequel les auteurs sont en parfait désaccord. Le problème qui agite la doctrine et la jurisprudence se réfère aux dispositions applicables à la livraison d'un aliud dans la vente de choses de genre. Applique-t-on, dans un tel cas, les art. 197 ss. CO ou bien les art. 97 ss. CO (ou action en exécution si le vendeur peut encore fournir sa prestation) ?

1.— La majorité de la doctrine admet que la livraison d'un aliud dans la vente d'objets déterminés par leur genre permet exclusivement l'application des règles sur la garantie en raison des défauts de la chose vendue (art. 197 ss. CO)²³. Selon ces auteurs, la distinction entre « *Schlechtlieferung* » et « *Falschlieferung* » est très difficile à établir en cas de vente de choses de genre. L'acheteur qui fait valoir les dispositions sur l'inexécution peut le faire pour éluder les règles spéciales sur la garantie ; dès lors, cette doctrine propose d'abandonner, lors de la vente d'objets déterminés par leur genre (« *Gattungskauf* »), la distinction entre « *pejus* » et « *aliud* » et d'appliquer uniquement les dispositions sur la garantie.

2.— Le Tribunal fédéral²⁴ admet, en cas de livraison d'un aliud dans la vente de choses de genre l'application alternative des règles sur l'inexécution et sur la garantie en raison des défauts de la chose vendue. Dans

²¹ Voir *infra*, p. 173 ss.

²² Schubiger, *loc. cit.*, p. 41.

²³ Cavin, *Considérations...*, *loc. cit.*, p. 337-340 ; Neuenschwander, *loc. cit.*, p. 24 ; Schubiger, *loc. cit.*, p. 37 ss., 41 ; Amaudruz, *loc. cit.*, p. 32 ss. ; Katz, *loc. cit.*, p. 96-97 ; Merz, *Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1970, Obligationenrecht*, ZBJV 108 (1972) p. 81 ss., 93, et *idem* année 1968, ZBJV 106 (1970) p. 91-92 ; Petitpierre, *Mélanges Deschenaux...*, *loc. cit.*, p. 333 ; Guhl-Merz-Kummer, *loc. cit.*, p. 341.

²⁴ ATF 94 (1968) II 26 ss. = JT 1969 I p. 322 s., 327, 329.

l'arrêt Cencini c. van Paassen²⁵, notre Cour suprême a admis que l'art. 206 CO est une règle de large portée qui s'applique tant dans le cas où l'objet livré est affecté de défauts au sens de l'art. 197 CO que dans l'hypothèse où il n'est pas du genre convenu entre les parties. L'état de fait concernait la livraison d'une voiture Jaguar 1963 alors que le contrat de vente portait sur un modèle 1964. Le Tribunal fédéral, tout en reconnaissant qu'il s'agissait de la livraison d'un aliud dans les ventes d'objets déterminés par leur genre, a admis que l'acheteur pouvait résoudre le contrat, soit en vertu de l'art. 107 al. 2, voie N° 3, soit en vertu de l'art. 205 CO.

3.— Enfin, une autre partie de la doctrine²⁶ et de la jurisprudence²⁷ admet l'application exclusive des règles sur l'inexécution.

II. Critiques

Le problème, aussi controversé soit-il, est néanmoins important. Doit-on appliquer à la livraison d'un aliud d'une chose déterminée par son genre les art. 197 ss. CO ou les art. 102 ss. CO (art. 97 ss. CO si le vendeur ne peut plus s'exécuter) ? L'art. 197 al. 1 CO se rapporte-t-il également à la livraison d'une chose d'un genre différent ? En d'autres termes, la livraison d'un aliud d'une chose de genre est-elle un défaut au sens de l'art. 197 al. 1 CO ? La solution sera différente selon l'interprétation que l'on donne au terme « défaut ».

1. — L'interprétation littérale et l'interprétation téléologique de l'art. 197 al. 1 CO

(a) *L'interprétation littérale de l'art. 197 al. 1 CO*

On doit admettre que, pour qu'il s'agisse d'un défaut (au sens de l'art. 197 CO), la chose livrée défectueuse soit celle sur laquelle les parties s'étaient mises d'accord. Ainsi, A achète une voiture 1976, le contrat étant conclu sur cette voiture ; si, plus tard, il se révèle qu'il s'agit d'une voiture 1975, il n'y a pas livraison d'un aliud, mais défaut de la chose, bien que la voiture soit neuve. Il ne peut, en effet,

²⁵ Idem.

²⁶ Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 197 N° 14 ; Becker, *loc. cit.*, Art. 197 N° 2 ; Roepke, *loc. cit.*, p. 13 ; Giger, *loc. cit.*, Vorb. Art. 197-210 N° 50 accorde au juge la faculté de déterminer de cas en cas s'il s'agit d'un aliud ou d'un pejus.

²⁷ Voir ATF 26 (1900) II 328 ; ATF 26 (1900) II 352 ; ATF 40 (1914) II 480 = JT 1915 p. 162 ; HG, ZR 20 (1921) p. 309 N° 158 ; HG, ZR 28 (1929) p. 328 N° 139 ; OG, LU, SJZ 44 (1948) p. 226 ; voir également ATF 96 (1970) II 115 = JT 1971 I p. 258, 262.

s'agir de la livraison d'un aliud parce que le contrat a bien été conclu sur la voiture que A avait vue et qu'on lui avait livrée.

Toutefois, dans l'arrêt Cencini c. van Paassen, le contrat était conclu sur un genre et on livrait un autre genre. Il ne peut s'agir d'un défaut parce que la voiture livrée n'était pas la voiture qui faisait l'objet du contrat, la voiture convenue que l'acheteur avait en vue, qu'il avait commandée. Il n'y a donc pas défaut de la chose vendue au sens de l'art. 197 al. 1 CO et les actions édiliciennes ne s'appliquent pas ²⁸.

(b) *L'interprétation téléologique*

L'interprétation dite téléologique est l'interprétation faite par la finalité ou la ratio legis de la loi. Certains auteurs ²⁹, interprétant téléologiquement l'art. 197 al. 1 CO, appliquent cette disposition à la livraison d'un aliud dans la vente d'objets déterminés par leur genre, et ceci pour deux raisons :

aa) Il est parfois difficile de distinguer la « *Schlechtlieferung* » de la « *Falschlieferung* ». Amaudruz ³⁰ et Schubiger ³¹, s'inspirant de la jurisprudence, citent des cas où la distinction entre « aliud » et « pejus » est malaisée à établir. Ainsi, le Tribunal fédéral a jugé qu'il y avait livraison d'un aliud en cas de remise de « vesces d'hiver » à la place de « vesces d'hiver de Piémont » ³² et en cas de livraison de vin provenant de la région de Montblanch au lieu de celle de Panadès comme convenu ³³ ; de même, le Tribunal supérieur du canton de Zurich ³⁴ a admis la livraison d'un aliud en cas de « Frankfurter Blumenkohlsamen » à la place de « Dänischer Blumenkohlexportsamen » ; les juges ont dit que les parties, en se référant à du « Dänischer... » avaient suffisamment précisé les limites de l'espèce voulue, pour que l'on puisse considérer la remise du « Frankfurter... » comme la livraison d'un aliud. Mais Schubiger ³⁵ soutient que l'on peut tout aussi bien défendre l'opinion selon laquelle la désignation « Dänischer... » ne rétrécit pas les limites de l'espèce « Blumenkohlsamen », mais se rapporte à une qualité particulière prise parmi ce genre de marchandises.

²⁸ Sur la critique de l'arrêt Cencini c. van Paassen, voir *infra*, p. 177.

²⁹ Voir note 23.

³⁰ Amaudruz, *loc. cit.*, p. 33 ss.

³¹ Schubiger, *loc. cit.*, p. 37 ss.

³² ATF 22 (1896) p. 566 ss., mais les tribunaux allemands, dans une affaire semblable, avaient admis qu'il y avait défaut de la chose vendue ; voir Amaudruz, *loc. cit.*, p. 33, note 52.

³³ ATF 40 (1914) II 480 = JT 1915 p. 162 ; Schubiger soutient, par contre, qu'il y a absence de qualités promises (p. 40) ; idem Becker, *loc. cit.*, Art. 197 N° 9.

³⁴ SJZ 44 (1948) p. 226.

³⁵ Schubiger, *loc. cit.*, p. 38.

Par contre, il a jugé que la livraison du « Parmesan-käse » à la place de « Parmesankäse stravecchio 1929 » ne constituait pas la livraison d'un aliud, mais une exécution défectueuse. Le tribunal de commerce de Zurich ³⁶ a jugé que le genre de marchandises que le vendeur devait livrer était du fromage « Parmesan » ; quant à la désignation « stravecchio 1929 », elle n'était qu'une précision en rapport avec la qualité désirée ; il n'y a pas livraison d'une autre chose de genre.

- bb) *Mise à l'écart des dispositions spéciales sur la garantie* : la distinction entre livraison d'un aliud et exécution défectueuse n'apparaissant pas toujours avec une parfaite netteté, le recours à la notion d'aliud (et donc application des art. 97 ss. CO) permet d'éluider les prescriptions spéciales sur la garantie. Selon Schubiger ³⁷, le maintien de la sécurité des rapports (Verkehrssicherheit) étant en jeu — art. 198, 201, 202 et 210 CO —, on doit donc appliquer les art. 197 ss. CO à la livraison d'un aliud dans la vente d'objets déterminés par leur genre ³⁸.

Dès lors, la majorité de la doctrine préconise l'abandon de la distinction entre « aliud » et « pejus » et l'application, dans les deux cas, des actions en garantie des défauts de la chose vendue. Ainsi, Schubiger ³⁹ et Neuenschwander ⁴⁰ admettent que la livraison d'un aliud constitue une mauvaise exécution et que rien ne s'oppose à l'application des art. 197 ss. CO. Selon Amaudruz ⁴¹, les distinctions subtiles entre « Falsch- » et « Schlechtlieferung » ne se justifient pas. Dans les deux cas, il y a insatisfaction de l'acheteur ; pourquoi, se demande cet auteur, un acheteur de souliers, modèles X bleus, et de modèle Y rouges, recevant des souliers X mal cousus et des sandalettes rouges, serait-il traité différemment dans le premier cas ou dans le deuxième ? Amaudruz ⁴² admet qu'il serait souhaitable que tout écart de qualité par rapport à ce qui a été convenu puisse être qualifié de défaut au sens de l'art. 197 al. 1 CO..., peu importe que celui ait sa cause dans une modification ou une différence de nature. Katz ⁴³

³⁶ ZR 34 (1935), p. 258 ss. N° 124. Voir également Giger, *loc. cit.*, Vorb. Art. 197-210, N° 45.

³⁷ Schubiger, *loc. cit.*, p. 120 ss.

³⁸ L'argument est intéressant ; il peut paraître opportun d'appliquer la courte prescription de l'art. 210 al. 1 CO dans un but de protection des intérêts du vendeur. D'ailleurs, ne peut-on pas admettre que si, au bout d'une année, l'acheteur ne s'est pas rendu compte de la différence de nature des marchandises livrées, c'est qu'il s'agit d'un « pejus » et non d'un « aliud ». Voir Amaudruz, *loc. cit.*, p. 36.

³⁹ Schubiger, *loc. cit.*, p. 124 ss.

⁴⁰ Neuenschwander, *loc. cit.*, p. 24.

⁴¹ Amaudruz, *loc. cit.*, p. 34 ss.

⁴² Amaudruz, *loc. cit.*, p. 34.

⁴³ Katz, *loc. cit.*, p. 96.

admet que cette solution doit être saluée comme juste, dans l'intérêt de la sécurité juridique et des transactions commerciales. Enfin, Cavin⁴⁴, rejoignant la solution du Tribunal fédéral⁴⁵, admet que l'art. 206 CO s'applique non seulement à l'exécution défectueuse, mais également à la livraison d'un aliud dans la vente d'objets déterminés par leur genre.

2. — Solution

A notre avis, la solution de la doctrine dominante doit être critiquée.

- (a) Tout d'abord, il s'agit d'avoir clairement à l'esprit la distinction entre l'exécution défectueuse et la livraison d'un aliud. Il y a livraison d'un aliud quand le contrat est conclu sur un genre, mais qu'un autre genre est livré. Pour déterminer s'il y a aliud, il faut examiner si le genre livré correspond au genre convenu dans le contrat. Nier l'aliud est erroné ; il y a une sensible différence entre l'exécution défectueuse et la livraison d'un aliud. Dans le premier cas, la chose livrée est celle qui faisait l'objet du contrat, tandis que dans le second cas, il s'agit d'une autre chose que celle sur laquelle porte le contrat. Certes, dans les deux cas, l'acheteur n'a pas obtenu satisfaction, mais il ne se trouve pas dans la même situation et il n'a pas la même réaction. Il n'est, à notre avis, pas malaisé de distinguer l'« aliud » et le « pejus » ; il suffit de répondre à la question suivante : « est-ce que l'objet du contrat porte sur cette chose-là qu'on vient de me livrer ? » Dans l'affirmative, le contrat a été exécuté, mais la chose a été livrée avec des défauts ; l'acheteur disposera des actions édiliciennes avec la possibilité d'intenter, pour les choses de genre, une action en remplacement de la chose vendue. Dans la négative, le contrat n'a pas été exécuté ; l'objet du contrat portait sur un genre et on a livré un autre genre ; il y a action en exécution (ou en dommages-intérêts pour inexécution)⁴⁶. C'était le cas dans l'arrêt Cencini c. van Paassen où l'acheteur commandait une voiture 1964, mais recevait un modèle 1963. Par contre, si j'essaie, je commande et j'achète une voiture 1964, et que ce modèle se révèle être un modèle 1963, il n'y a pas livraison d'un aliud. En effet, la voiture livrée est bien la chose que je désirais acheter et qui a fait l'objet du contrat ; on ne m'a pas livré une autre chose que la chose convenue ; dès lors, il s'agit d'un défaut — bien que la voiture soit neuve — et je dois faire valoir des actions édiliciennes.

⁴⁴ Cavin, *Considérations...*, *loc. cit.*, p. 340.

⁴⁵ ATF 95 (1968) II 26 = JT 1969 I p. 322.

⁴⁶ La livraison d'un aliud ne constitue pas, contrairement à ce qu'admet Schubiger, *loc. cit.*, p. 125, une mauvaise exécution, mais une inexécution. Appliquer les art. 197 ss. CO à la livraison d'un aliud revient à admettre que, si j'achète des pommes et qu'on me livre des poires, ces poires sont des pommes défectueuses : Larenz II, *loc. cit.*, p. 65.

- (b) L'art. 206 CO ne concerne que l'exécution défectueuse dans la vente d'objets déterminés par le genre. Cette disposition ne s'applique pas, contrairement à ce qu'admet Cavin⁴⁷ à la livraison d'un aliud dans les choses de genre. Le législateur n'a pas prévu l'art. 206 CO pour éviter les difficultés suscitées par la distinction entre « pejus » et « aliud », il a introduit cette disposition uniquement pour permettre à l'acheteur, à qui l'on a livré une chose de genre défectueuse, d'exiger le remplacement de cette chose entachée de défauts par une autre chose du même genre, sans défauts.

Dans l'arrêt Cencini c. van Paassen, le Tribunal fédéral a malencontreusement appliqué à la livraison d'un aliud à la fois les dispositions sur la garantie et sur l'inexécution des obligations. Une telle solution ne résiste pas à un examen sérieux du problème. Il s'agit soit d'un défaut de la chose, soit d'un aliud ; dans ce dernier cas, on applique les règles sur l'inexécution (ou selon la doctrine dominante, les actions édiliciennes). Mais, en aucun cas, il ne peut y avoir application alternative des art. 197 ss. CO et 97 ss. CO⁴⁸.

En résumé, il faut distinguer nettement entre « Schlecht- » et « Falschlieferung ». Il faut examiner si la chose livrée est bien la chose commandée qui fait l'objet du contrat.

Dans l'affirmative, il s'agit d'une exécution défectueuse. L'acheteur dispose, en cas de vente d'un corps certain, des art. 205 ss. CO et en cas de choses de genre, de l'art. 206 CO, qui prévoit — en plus des art. 205 ss. CO — une action en remplacement de la chose vendue. Dans la négative, il y a livraison d'un aliud. Qu'il s'agisse de la vente de corps certain ou d'objets déterminés par leur genre, l'acheteur dispose d'une action en exécution ou en dommages-intérêts pour inexécution si le vendeur ne peut plus fournir sa prestation.

En conclusion, vouloir renoncer à toute délimitation entre « Falschlieferung » et « Schlechtlieferung » ne peut que conduire à des résultats choquants. L'inexécution (au sens étroit) et l'exécution imparfaite (au sens étroit) sont radicalement différentes⁴⁹. Les incombances de vérifications et d'avis de défauts prévues à l'art. 201 CO, ainsi que la prescription de l'art. 210 CO se conçoivent parfaitement en cas d'exécution défectueuse, ces dispositions visant à assurer une certaine sécurité dans les relations commerciales. Mais vouloir appliquer ces normes légales à la

⁴⁷ Cavin, *Considérations...*, *loc. cit.*, p. 338.

⁴⁸ D'ailleurs, dans ce même arrêt, le Tribunal fédéral a accordé à l'acheteur qui exerçait son droit de résolution selon l'art. 107 al. 2 CO une action en dommages-intérêts pour inexécution (dommages-intérêts positifs) ; ATF 94 (1968) II 26, 33 = JT 1969 I p. 322. 329. Voir Erman-Weitnauer, *loc. cit.*, Vor § 459 N° 11 qui admettent que la solution du Tribunal fédéral est intéressante, car elle donne le choix entre les actions en garantie et l'action pour inexécution.

⁴⁹ Giger, *Vorb. Art. 197-210 N° 48*.

livraison d'un aliud serait manifestement contraire au but et à l'esprit de la loi. Une délimitation entre « aliud » et défauts de la chose vendue peut toujours se faire. Il suffit d'interpréter les déclarations de volonté des parties selon le principe de la confiance ⁵⁰.

⁵⁰ Giger, Vorb. Art. 197-210 N° 50 qui ajoute que le juge pourra utiliser le critère de distinction prévu dans le HGB, dont le § 378 précise que le § 377 HGB (concernant l'examen et l'avis des défauts de la chose vendue) s'applique « pourvu que la marchandise livrée ne diffère pas manifestement de la commande d'une manière si importante que le vendeur devrait considérer son acceptation comme impossible ».

CHAPITRE VII

CONCOURS DE L'ACTION RÉDHIBITOIRE AVEC D'AUTRES ACTIONS

A LES ACTIONS FONDÉES SUR L'ERREUR

I. *L'erreur dans la déclaration*

L'erreur dans la déclaration (art. 24 al. 1, ch. 1-3 CO) se produit lorsque l'auteur de la déclaration, par inadvertance ou par ignorance, exprime incorrectement sa volonté¹. Quel est le rapport entre les art. 197 ss. CO et l'art. 24 al. 1, ch. 1-3 CO ?

Selon les art. 197 ss. CO, le vendeur est responsable si les qualités promises ou attendues font défaut, c'est-à-dire si la chose vendue ne présente pas les propriétés conformes à l'objet du contrat ; il y a mauvaise exécution du contrat de vente. Le problème se pose de façon tout à fait différente en cas d'erreur dans la déclaration où le vendeur, ayant livré une chose sans défaut, a parfaitement exécuté son obligation contractuelle ; mais l'acheteur, qui s'est trompé sur le contenu de sa déclaration de volonté, reçoit une chose qu'il ne désirait pas.

L'état de faits de la garantie et de l'erreur dans la déclaration ne peuvent ainsi jamais coïncider et le problème du concours d'actions ne se pose pas².

II. *L'erreur sur les motifs*

L'erreur sur les motifs intervient au stade de la formation de volonté. Le motif est « *un fait dont la considération a déterminé une personne à conclure un contrat, plus généralement à faire une déclaration de vo-*

¹ Engel, *loc. cit.*, p. 218.

² Katz, *loc. cit.*, p. 101 ; Lüthi, *loc. cit.*, p. 99 ; Burlet, *loc. cit.*, p. 105 ; Feldmann, *loc. cit.*, p. 5 ; Fikentscher, *loc. cit.*, p. 398 ; Erman-Weitnauer, *loc. cit.*, Vor § 459 N° 28 ; Giger, *loc. cit.*, Vorb. Art. 197-210 N° 60.

lonté »³. La loi ne considère l'erreur sur la base nécessaire du contrat comme essentielle que si elle apparaît comme objectivement essentielle, c'est-à-dire si « *elle porte sur des faits qui constituent pour la demanderesse des éléments nécessaires du contrat et qui, selon les règles de la loyauté commerciale, pouvaient être considérés par elle comme tels* »⁴.

Dès lors, le même état de fait peut à la fois réaliser les conditions de l'art. 197 CO et de l'art. 24 al. 1, ch. 4 CO, l'absence d'une qualité promise ou attendue pouvant constituer une erreur essentielle. Magnin⁵, dans sa thèse, a parfaitement démontré que l'acheteur peut invoquer un même état de fait comme base, soit de l'art. 197 CO, soit de l'art. 24 al. 1, ch. 4 CO. Ainsi, la présence d'un défaut constitue l'absence d'une qualité essentielle objective, dans la mesure où le défaut enlève à la chose sa valeur, son utilité ou la diminue dans une notable mesure ; « *on peut dire que toutes les qualités qui donnent à la chose sa valeur commerciale et qui la rendent propre à l'usage que lui assigne la pratique commerciale, constituent des qualités essentielles que la loyauté commerciale permet de considérer comme des éléments nécessaires du contrat* »⁶. De même, l'absence d'une qualité promise, se trouvant à la base du contrat, constitue, sans conteste, l'absence d'une qualité essentielle subjective.

Ainsi, un concours effectif peut se poser entre ces deux actions, la qualité défectueuse de la chose vendue concernant, objectivement et subjectivement, la base nécessaire du contrat⁷.

1. — La position de la doctrine

Tout d'abord, l'erreur sur les qualités promises ou attendues ne concerne que la vente d'un corps certain et non d'objets déterminés par leur genre. Dans ce dernier cas (Gattungshauf), l'objet de la prestation n'est pas individualisé, mais déterminé sur la base de critères ou de caractères

³ Jaton, *loc. cit.*, p. 12.

⁴ ATF 91 (1965) II 275 = JT 1967 I p. 37 ; ATF 96 (1970) II 25 = JT 1971 I p. 428 ; ATF 96 (1970) II 407 = JT 1971 I p. 325.

⁵ Magnin, *loc. cit.*, p. 61 ss.

⁶ Magnin, *loc. cit.*, p. 64.

⁷ Schubiger, *loc. cit.*, p. 130 ; Katz, *loc. cit.*, p. 114 ; Schönenberger, *loc. cit.*, p. 305 ss. Cuenod, *Délimitation du domaine de l'erreur dans les contrats en droit suisse des obligations*, thèse Lausanne 1941, p. 78 ss., ignore volontairement le concours entre les actions édiliciennes et les actions fondées sur l'erreur ; selon cet auteur, ce problème n'existe pas car les éléments dans ces deux actions ne se trouvent jamais réalisés dans les mêmes circonstances.

Selon Cuenod (p. 80 ss.), le législateur a voulu mettre fin aux inconvénients résultant du concours (!) en supprimant l'ancien art. 19 ch. 3 CO qui concernait l'erreur sur les qualités de la chose. D'autre part, la garantie constitue un cas d'inexécution des obligations ; dès lors, pour Cuenod (p. 85), ou la partie s'est trompée sur les qualités stipulées dans le contrat et on se trouve dans le domaine de l'erreur, ou bien l'objet livré ne possède pas les qualités prévues et le cas relève de l'inexécution. Mais ces hypothèses sont distinctes et ne peuvent se confondre.

d'identité convenus entre les parties. Dès lors, la volonté de l'acheteur n'est pas viciée au moment de la conclusion du contrat⁸.

Le Tribunal fédéral⁹ a précisé que les art. 23 ss. CO concernent uniquement le cas d'une partie qui, au moment de conclure le contrat, s'est fait une idée inexacte de l'un de ses éléments essentiels ; ceci n'est pas possible en cas de vente de choses de genre. L'erreur essentielle ne se rapporte donc qu'à la livraison défectueuse d'une chose de corps certain.

La doctrine est partagée sur le concours entre les actions édiliciennes et les actions fondées sur l'erreur. Pour une partie de la doctrine¹⁰, actuellement majoritaire, il ne peut y avoir concours entre ces deux actions. Ces auteurs appliquent exclusivement les règles sur la garantie, celles-ci se trouvant dans une situation de *leges speciales* par rapport à l'art. 24 al. 1 ch. 4 CO ; l'application des normes générales rendrait tout à fait illusoires les dispositions spéciales sur la garantie. Le principe « *lex specialis derogat legi generali* » trouve son application, car la prise en considération de l'art. 24 al. 1 ch. 4 CO irait à l'encontre du but que le législateur s'est proposé d'atteindre en édictant des dispositions spéciales.

Le but poursuivi par le législateur est la sécurité du développement du commerce et la protection équitable de l'acheteur, sans pour autant préjudicier aux intérêts du vendeur. Pour ce faire, le législateur a édicté des règles spéciales permettant la liquidation rapide du rapport juridique et la création d'une situation claire. Les art. 201 et 202 CO obligent l'acheteur d'examiner la chose et d'aviser le vendeur de ses défauts, l'art. 210 CO lui faisant l'obligation d'intenter son action en garantie dans le délai d'une année. « *L'acheteur et le vendeur ont intérêt à être assurés le plus tôt possible de la fermeté du marché conclu et à voir leur situation respective réglée rapidement* »¹¹. Dès lors, si l'on écarte ces dispositions et si l'on permet à l'acheteur d'invalidier le contrat, le but voulu par le législateur est complètement détourné¹².

⁸ Katz, *loc. cit.*, p. 109 ; Magnin, *loc. cit.*, p. 119 ; Schubiger, *loc. cit.*, p. 131 ; Becker, *loc. cit.*, Vorb. Art. 197-210 N° 4 ; Giger, *loc. cit.*, Vorb. Art. 197-210 N° 61.

⁹ ATF 96 (1958) II 26 = JT 1969 I p. 322.

¹⁰ Schubiger, *loc. cit.*, p. 132 ss. ; Cavin, *loc. cit.*, p. 119 ss. ; Cavin, Considérations..., *loc. cit.*, p. 329 ss. ; von Büren I, *loc. cit.*, p. 201 ss. ; Guhl-Merz-Kummer, *loc. cit.*, p. 340 ; Becker, *loc. cit.*, Art. 24 N° 22 ; Engel, *loc. cit.*, p. 229 ; Magnin, *loc. cit.*, p. 77 ss. ; Merz, *loc. cit.*, p. 87 ss. La doctrine et la jurisprudence allemandes refusent également le concours. Voir Brox, *loc. cit.*, Bd II Rdnr. 96 ; Esser, *loc. cit.*, Bd II, p. 57 ; Larenz, *loc. cit.*, Bd II, p. 61 ; Fikentscher, *loc. cit.*, p. 399 ; Erman-Weitnauer, *loc. cit.*, vor § 459 N° 29 ; Enneccerus-Lehmann, *loc. cit.*, p. 455 ss. *Contra* : Leonhard II, *loc. cit.*, p. 93 ss. RGZ 135, 340 ; RGZ 138, 356 ; BGHZ 16, 57 ; BGHZ 34, 34.

La jurisprudence et la doctrine allemandes permettent néanmoins au vendeur d'invalidier pour dol ; RGZ 96, 156 ; RGZ 104, 1 ; BGH, NJW 1958, p. 177 ; Fikentscher, *loc. cit.*, p. 399 ; Larenz II, *loc. cit.*, p. 62 ; Erman-Weitnauer, *loc. cit.*, Vor § 459 N° 32.

¹¹ Magnin, *loc. cit.*, p. 86.

¹² Voir Schubiger, *loc. cit.*, p. 132, et la très complète étude de Merz, *loc. cit.*, p. 87 ss. ; ces auteurs ne se prononcent pas sur le rapport *lex generalis* / *lex specialis* des actions en question, mais préconisent plutôt l'exclusivité des actions

Ce serait trop favoriser l'acheteur (au cas où il a omis d'aviser des défauts), car il serait tenté de se servir de l'invalidation dans le dessein de se dégager d'un contrat que les circonstances rendent désavantageux ¹³.

Toutefois, l'acheteur qui a satisfait à ses obligations (art. 201-202 et 210 CO) peut invalider le contrat pour erreur essentielle ¹⁴.

Le Tribunal fédéral, à la suite d'Oftinger, se fonde sur un droit coutumier pour admettre l'application alternative des dispositions sur l'erreur et sur la garantie ¹⁵. Dans un arrêt déjà cité ¹⁶, notre Cour suprême confirme sa jurisprudence en insistant particulièrement sur la différence essentielle qui existe entre l'invalidation pour erreur et la garantie, cette dernière appartenant au domaine de l'exécution et non de la conclusion des contrats.

Enfin, une autre partie de la doctrine ¹⁷ admet le concours alternatif entre les dispositions sur la garantie et celles sur l'erreur, refusant de considérer les premières comme des *leges speciales* par rapport aux secondes.

2. — Critiques

Tout d'abord, l'opinion du Tribunal fédéral et d'une partie de la doctrine, qui fondent le concours alternatif sur un prétendu droit coutumier, nous semble contestable ; en effet, la coutume supposant l'« *opinio necessitatis* », il nous apparaît inexact de parler de droit coutumier dans ce cas, lorsque des auteurs comme Cavin, Merz, Becker et Guhl s'opposent à l'application alternative des art. 23 ss. CO.

édiliciennes, car la prise en considération des art. 23 ss. CO mettrait à l'écart les dispositions spéciales de la garantie, édictées dans un but de sécurité du commerce. Dans le même sens, voir Cavin, *loc. cit.*, p. 118 ss. ; von Büren I, *loc. cit.*, p. 203 ; Guhl-Merz-Kummer, *loc. cit.*, p. 340.

¹³ Magnin, *loc. cit.*, p. 90.

¹⁴ Schubiger, *loc. cit.*, p. 133.

¹⁵ Voir ATF 98 (1972) II 15 ss. = JT 1972 I p. 547 ss., 550 ; ainsi qu'Oftinger Karl, Jurisprudence du Tribunal fédéral sur la partie générale du Code des obligations, trad. de Raymond Jeanprêtre, Zurich 1970, p. 97. Giger, *loc. cit.*, Vorb. Art. 197-210 N° 65 rejoint la même idée ; voir ATF 82 (1956) II 420 = JT 1957 I p. 187 ss. et réf. ; ATF 83 (1957) II 28 = JT 1958 p. 492 ; ATF 84 (1958) II 515 = JT 1959 p. 307 ; ZR 62 (1963) N° 35 ; ZR 66 (1967) N° 106 ; ZR 68 (1969) N° 1. Par contre, dans la vente de bétail, le Tribunal fédéral se prononce contre le concours alternatif ; voir ATF 70 (1944) II 48 ; ATF 81 (1955) II 213 ; sur les raisons historiques d'une telle solution, voir Magnin, *loc. cit.*, p. 100 ss. ; voir enfin Giger, *loc. cit.*, Vorb. 197-210 N° 67 qui critique une telle solution et admet le concours.

¹⁶ ATF 82 (1956) II 420 = JT 1957 I p. 187 ss.

¹⁷ Oser-Schönenberger, Art. 197 N° 5 ; Schönenberger, *loc. cit.*, p. 305 ss. ; Simonius, *loc. cit.*, Festschrift..., *loc. cit.*, p. 55 ss. ; Lüthi, *loc. cit.*, p. 106 ss. ; von Tuhr (trad. fr.), *loc. cit.*, p. 258 ; Henrici, *loc. cit.*, p. 198 ss. ; Giger, *loc. cit.*, Vorb. Art. 197-210 N° 64. Burlet, *loc. cit.*, p. 113 ss. ; Katz, *loc. cit.*, p. 118 ; Guhl Theo, ZBJV 67 (1931) p. 423 ; Comment, Vente mobilière, les obligations du vendeur 3, FJS N° 221, p. 3 ; Amaudruz, *loc. cit.*, p. 36-37.

Ensuite, rien ne s'oppose au concours alternatif entre les dispositions sur la garantie en cas d'éviction et celles sur l'erreur. En effet, les prescriptions spéciales (art. 201-202 et 210 CO) ne concernent que la garantie en raison des défauts de la chose vendue et ne s'appliquent donc pas à la garantie en cas d'éviction. A ce sujet, le Bezirksgericht Affoltern am Albis¹⁸ a admis le concours entre les art. 192 ss. CO et les art. 23 ss. CO, les premiers concernant l'exécution défectueuse du contrat, les seconds la formation viciée du contrat.

Ce raisonnement peut tout aussi bien s'appliquer à la garantie en raison des défauts de la chose vendue, les art. 197 ss. concernant (comme les arts. 192 ss. CO) l'exécution du contrat. Dès lors, les art. 23 ss. CO et les art. 197 ss. CO ne sont pas dans un rapport de *lex generalis à lex specialis* ; ces groupes de normes se réfèrent à des conséquences juridiques et à un fondement tout à fait différents¹⁹. Et Katz²⁰ précise qu'on ne parle de disposition spéciale que si tous les cas qui réclament l'application de cette disposition spéciale tombent également sous l'état de fait d'une disposition générale²¹ ; mais, ajoute cet auteur, chaque état de faits de l'art. 197 al. 1 CO ne remplit pas les conditions d'une invalidation pour erreur sur les motifs (art. 24 al. 1 ch. 4 CO), étant entendu qu'une qualité promise ne concerne pas toujours — selon les règles de la bonne foi en affaire — une base nécessaire du contrat de vente. Ainsi, l'erreur essentielle ressort de la formation de la volonté, de la conclusion du contrat, alors que la garantie en raison des défauts de la chose appartient au domaine de l'exécution des contrats. Dès lors, les art. 197 ss. CO ne sont pas des *leges speciales* par rapport aux art. 23 ss. CO.

Enfin, l'opinion selon laquelle l'application des dispositions sur l'erreur rendrait illusoire les règles spéciales sur le droit de la garantie n'est pas exacte. Ceci ne serait le cas que si l'action fondée sur l'erreur était plus favorable que l'action fondée sur la garantie. Mais les actions édiliciennes sont, pour l'acheteur, sensiblement plus avantageuses que les actions fondées sur l'erreur²². En effet, l'obligation de garantie du vendeur existe même si le défaut n'est pas essentiel au sens de l'art. 24 CO, ce qui n'est pas le cas dans le cadre de l'erreur ; d'autre part, l'acheteur — dans le droit de la garantie — peut réclamer des dommages-intérêts, notamment la réparation du dommage direct même sans faute du vendeur ; l'invalidation ne donne pas droit à des dommages-intérêts à la personne victime de l'erreur ; au contraire, c'est elle qui doit indemniser l'autre partie (art. 26 CO). La partie victime de l'erreur ne peut réclamer des

¹⁸ SJZ 68 (1972) p. 358 ss. ; voir *infra*, p. 228 ss.

¹⁹ Schönenberger, *loc. cit.*, p. 307, qui précise qu'il s'agit de « sich schneidende Tatbestände » ; Simonius, *loc. cit.*, Festschrift Theo Guhl, p. 55 ; Burlet, p. 114 ; ATF 82 (1956) II 411 = JT 1957 I p. 188 s. ; ATF 98 (1972) II 21 = JT 1972 I p. 572 s.

²⁰ Katz, *loc. cit.*, p. 116.

²¹ Merz, *loc. cit.*, p. 91.

²² ATF 82 (1956) II 411 = JT 1957 I p. 189. Voir Giger, *loc. cit.*, Vorb. Art. 197-210 N° 64.

dommages-intérêts négatifs²³ que si elle prouve une « *culpa in contrahendo* » de son cocontractant. Ainsi, lorsque les deux actions sont ouvertes, le droit de la garantie est plus favorable à l'acheteur.

Ce dernier n'a intérêt à invoquer l'erreur que dans la mesure où il est déchu des droits découlant de la garantie, n'ayant pas satisfait à ses obligations²⁴. Les dispositions spéciales du droit de la garantie sont édictées dans un but de liquidation rapide des rapports en cause, de clarté de la situation et de sécurité du droit ; elles constituent un correctif à la situation favorable que le droit de la garantie fait à l'acheteur²⁵.

Dès lors, on ne peut pas soutenir que le but de ces dispositions est éludé si, à côté du droit de la garantie, l'invalidation du contrat peut être réclamée par l'acheteur. On ne rend pas ce but illusoire en accordant à l'acheteur, outre le moyen tiré de la garantie, l'action fondée sur l'erreur.

Giger²⁶ critique, d'une manière générale, la tendance d'une certaine doctrine, qui cherche à appliquer les art. 201 et 210 CO à d'autres effets que les actions édiliciennes. On doit admettre, avec le commentateur, que ces dispositions n'ont pas vocation d'application générale. Elles ne sont, avec les art. 200 al. 2 et 205 al. 2 CO, que le corrolaire d'une situation largement favorable à l'acheteur. On doit ainsi admettre une application alternative des art. 197 ss. CO et 23 ss. CO. L'art. 25 CO constitue une règle de protection suffisante pour le vendeur.

Enfin, en cas de dol, la doctrine et la jurisprudence appliquent alternativement les actions édiliciennes et les actions fondées sur le dol²⁷. Toutefois, les dispositions strictes du droit de la garantie étant supprimées (art. 203 et 210 al. 3 CO), l'invalidation pour dol n'apporte aucun avantage.

²³ Il ne peut s'agir que de dommages-intérêts négatifs, vu l'invalidation du contrat. Sur le rapport entre la garantie en raison des défauts et la culpa in contrahendo, voir *infra*, p. 187 note 35.

²⁴ ATF 82 (1956) II 411 = JT 1957 I p. 189 ; Cavin, *loc. cit.*, p. 119 ; voir néanmoins Merz, *loc. cit.*, p. 100, qui soutient que l'erreur est plus avantageuse pour l'acheteur.

²⁵ ATF 82 (1956) II 411 = JT 1957 I p. 189.

²⁶ Giger, *loc. cit.*, Vorb. Art. 197-210 N° 64 ; voir également Giger, *loc. cit.*, Vorb. Art. 197-210 N° 26 ss., où le commentateur fait la critique du Tribunal fédéral soumettant l'action en dommages-intérêts basée sur l'art. 97 al. 1 CO aux exigences des art. 201 et 210 CO. Sur ce problème, voir *infra*, p. 186 s.

²⁷ Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 197 N° 5 ; Becker, *loc. cit.*, Art. 28 N° 16 ; Giger, *loc. cit.*, Vorb. Art. 197-210 N° 69 ; ATF 81 (1955) II 217 ; SemJud 89 (1967) p. 465 ; KG, SG, SJZ 30 (1933/34) p. 152.

B LES ACTIONS DÉCOULANT DE L'ART. 97 CO

I. *Position du problème*

Les art. 97 ss. CO s'appliquent-il à la livraison d'une chose défectueuse si celle-ci constitue une mauvaise exécution ? Le problème se réfère à la nature juridique de la garantie en raison des défauts de la chose, que nous avons examinée en abordant cette partie²⁸.

Pour les ventes d'objets déterminés par leur genre (*Gattungskauf*), la doctrine unanime admet que la livraison d'une chose de genre défectueuse constitue une mauvaise exécution²⁹. En cas de vente d'un corps certain (*Spezieskauf*), nous avons retenu, avec une partie de la doctrine³⁰, que la livraison d'une chose défectueuse constitue également une mauvaise exécution, et donc une violation du contrat selon l'art. 97 al. 1 CO. La prestation du vendeur n'a pas uniquement pour contenu la chose individualisée « telle quelle », mais se rapporte également aux qualités supposées ou promises de l'objet de la vente ; si la chose livrée est défectueuse, le vendeur a violé son obligation contractuelle de bonne prestation. La livraison d'un corps certain défectueux constitue donc une violation positive du contrat et, partant, une mauvaise exécution au sens de l'art. 97 al. 1 CO. L'objection selon laquelle il ne peut s'agir d'une mauvaise exécution car la loi ne prévoit pas comme dans l'art. 206 al. 1 CO une action en exécution est erronée, car il peut très bien y avoir, à la place de la prestation due, une action en dommages-intérêts pour inexécution (art. 97 al. 1 CO).

II. *Le concours*

Un même état de fait réunissant à la fois les conditions des art. 197 ss. CO et des art. 97 ss. CO, le problème du concours doit être résolu.

1.— Selon la jurisprudence et une partie de la doctrine³¹, il y a application exclusive des dispositions sur la garantie si le recours à

²⁸ Voir *supra*, p. 107 ss.

²⁹ Schubiger, *loc. cit.*, p. 6 ss. ; Neuenschwander, *loc. cit.*, p. 24 ; Cavin, *Considérations...*, *loc. cit.*, p. 337 ; Burlet, *loc. cit.*, p. 32 ; Winiger, *loc. cit.*, p. 64 ss. ; Katz, *loc. cit.*, p. 145. La loi d'ailleurs consacre ce principe à l'art. 206 CO en accordant à l'acheteur une action en exécution.

³⁰ Voir *supra*, p. 108 s. Voir Schubiger, *loc. cit.*, p. 9 et 31 ss. ; Merz, *loc. cit.*, p. 96 ; Neuenschwander, *loc. cit.*, p. 25 ; Keller Heinz, *Allgemeine Geschäftsbedingungen*, thèse Berne 1970, ASR N° 355, p. 138 ss. ; Giger, *loc. cit.*, Vorb. Art. 197-210 N° 17. *Contra* : Lüthi, *loc. cit.*, p. 76 ss. ; Winiger, *loc. cit.*, p. 57 ; Burlet, *loc. cit.*, p. 33, 47, qui imputent au vendeur une culpa in contrahendo ; voir également Cavin, *Considérations...*, *loc. cit.*, p. 334 ; Becker, *loc. cit.*, Vorb., Art. 197-210 CO N° 1.

³¹ Schubiger, *loc. cit.*, p. 108 ss. ; Becker, *loc. cit.*, Art. 201 N° 27 ; Art. 210 N° 6 ; Neuenschwander, *loc. cit.*, p. 40, p. 87 ss. ; Jäger, *loc. cit.*, p. 74, p. 130 ss. ; Katz, *loc. cit.*, p. 148 ss. ; Baur, *loc. cit.*, p. 26, 69 ; Roepke, *loc. cit.*, p. 58 note 2 ; voir ATF 90 (1964) II 88 = JT 1964 I p. 560 et réf.

l'art. 97 al. 1 CO rend illusoires les règles strictes du droit de la garantie protégeant la sécurité des transactions. Il ne peut y avoir application alternative entre les art. 197 ss. CO et les art. 97 ss. CO que si les conditions des art. 201, 202 et 210 CO sont réalisées. Ainsi, si l'acheteur désire réclamer des dommages-intérêts positifs selon l'art. 97 al. 1 CO, il doit satisfaire aux incombances des articles susmentionnés, cette disposition étant alors considérée comme une action en garantie.

La situation est la même lorsque l'acheteur réclame, à côté de la diminution du prix, la réparation de son dommage sur la base de l'art. 97 al. 1 CO ; cette disposition est alors soumise aux exigences des art. 201, 202 et 210 CO ³².

2.— Une partie de la doctrine suisse ³³ propose d'appliquer l'art. 97 al. 1 CO même lorsque les conditions des règles strictes sur la garantie ne sont pas réalisées. Giger ³⁴, notamment, critique largement la jurisprudence du Tribunal fédéral qui soumet l'action générale en dommages-intérêts aux exigences de vérifications et d'avis des défauts. Selon le commentateur, une telle solution ne peut que conduire à des résultats choquants. Les art. 201, 202 et 210 CO ont été édictés dans un esprit de protection du vendeur ; toutefois, vouloir les appliquer à d'autres prétentions que les actions édiliciennes conduirait à dépouiller l'acheteur de toute protection juridique. La protection du vendeur serait ainsi poussée à l'absurde ! Les art. 201, 202 et 210 CO ne sont que le corrolaire d'une situation très favorable à l'acheteur, celui-ci pouvant en effet réclamer des dommages-intérêts au vendeur, même sans faute de ce dernier. Cette situation, tout à fait extraordinaire dans la théorie générale de la responsabilité contractuelle en droit suisse, est tempéré par certaines exigences que la loi met à la charge de l'acheteur. Dès lors, ces exigences ne se conçoivent pas si l'acheteur n'est plus au bénéfice de l'art. 208 al. 2 CO, mais se met sous couvert d'une responsabilité contractuelle normale, c'est-à-dire exigeant une faute du vendeur. En conclusion, selon Giger, l'action en dommages-intérêts positifs que l'acheteur réclame sur la base de l'art. 97 al. 1 CO, soit à côté des actions édiliciennes, soit à côté de l'action minutoire, n'est pas soumise à la réalisation des conditions prévues aux art. 201, 202 et 210 CO.

³² Voir *supra*, p. 152 ss. Voir notamment ATF 63 (1937) II 401 = JT 1938 I p. 306 ss. Notons toutefois que de nombreux auteurs proposent d'appliquer dans ce cadre l'art. 208 al. 2 et 3 CO par analogie.

³³ Voir surtout Giger, *loc. cit.*, Vorb. Art. 197-210 N° 26 ss. ; voir également Burlet, *loc. cit.*, p. 71 ; Menghini, *loc. cit.*, p. 36 ; Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 197 N° 6, qui admettent que l'acheteur peut invoquer les art. 97 ss. CO même si les actions en garantie sont prescrites (art. 210 al. 1 CO), en contradiction avec Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 210 N° 3, qui reviennent à de plus justes considérations en admettant que cette disposition s'applique également à l'action en dommages-intérêts sur l'art. 97 al. 1 CO.

³⁴ Voir Giger, *loc. cit.*, Vorb. Art. 210 N° 26 ss. ; cela constitue l'une des idées maîtresses du commentateur qui a notamment pour effet que l'auteur applique alternativement les actions édiliciennes avec d'autres actions, même lorsque les conditions des art. 201, 202 et 210 CO ne sont pas réunies.

3.— La solution de Giger est intéressante et sa démonstration apparaît convaincante. En effet, on doit admettre que les dispositions strictes sur la garantie visant à protéger le vendeur sont le corollaire d'une situation par trop favorable à l'acheteur. Vouloir les appliquer à d'autres prétentions que les actions édiliciennes conduit sans conteste à des résultats choquants.

Néanmoins, aux vues des solutions que nous avons dégagées, la situation apparaît différente quant à l'application de l'art. 97 al. 1 CO. La solution que préconise Giger au sujet du concours entre les art. 197 ss. CO et les art. 97 ss. CO ne saurait tenir dans notre raisonnement. En effet, le commentateur a admis que l'art. 208 al. 3 CO concerne l'intérêt positif au contrat et que l'action en dommages-intérêts intentée à côté d'une diminution du prix se base sur l'art. 208 CO. Dès lors, il est logique que si l'acheteur désire intenter une action en dommages-intérêts positifs fondée sur l'art. 97 al. 1 CO, celle-ci ne soit pas soumise aux exigences des art. 201, 202 et 210 CO puisque, dans le droit de la garantie, la loi a — selon Giger — consacré à l'art. 208 al. 3 CO une action en dommages-intérêts positifs.

Toutefois, nous avons retenu que l'art. 208 CO ne visait que la réparation de l'intérêt négatif au contrat. Dès lors, nous arrivons à la conclusion que le droit de la garantie en raison des défauts ne sanctionne pas une action en dommages-intérêts positifs de l'acheteur. Si celui-ci désire intenter, à la place de la résolution ou de la diminution du prix, une action générale en dommages-intérêts pour inexécution du contrat, il ne peut le faire que sur la base de l'art. 97 al. 1 CO, qui apparaît alors comme sanctionnant une action en garantie ^{34bis}.

La situation est la même lorsque l'acheteur réclame des dommages-intérêts à côté de la diminution du prix. La base légale de cette action en dommages-intérêts ne peut être que l'art. 97 al. 1 CO, qui apparaît également comme une action en garantie et est de ce fait soumise aux exigences des art. 201, 202 et 210 CO.

L'action générale en dommages-intérêts positifs basée sur l'art. 97 al. 1 CO étant considérée comme une action en garantie, nous admettons son application alternative avec les art. 197 ss. CO, dans la mesure où les conditions prévues aux art. 201, 202 et 210 CO sont réalisées ³⁵.

^{34bis} La solution de Giger nous apparaît toutefois dangereuse dans la mesure où elle contredit les exigences posées par le législateur. En effet, permettre à un acheteur de réclamer, en cas de livraison d'une chose défectueuse, des dommages-intérêts positifs sur la base de l'art. 97 al. 1 CO, c'est-à-dire sans les exigences posées aux art. 201, 202 et 210 CO, anéantit complètement la protection du vendeur que le législateur a voulu établir. Il naît ainsi une contradiction entre l'art. 97 al. 1 CO et l'art. 208 al. 3 CO.

³⁵ Contrairement à la jurisprudence allemande (RGZ 42, 131), la culpa in contrahendo ne devient pas, selon le Tribunal fédéral, dès la conclusion du contrat, une violation positive du contrat (exécution imparfaite du contrat au sens de l'art. 97 al. 1 CO) ; les règles régissant la culpa in contrahendo restent applicables : ATF 68 (1942) II 295, 302 ss. = JT 1943 I p. 270 ss.

S'il y a à la fois culpa in contrahendo et livraison d'une chose défectueuse, il peut y avoir concours entre les art. 197 et les règles régissant la culpa in

C LES ACTIONS FONDÉES SUR L'ART. 41 CO

I. *La livraison d'une chose défectueuse en tant qu'acte illicite*

Nous avons vu que la livraison d'une chose défectueuse était un cas de mauvaise exécution, le vendeur violant ses obligations contractuelles. La livraison d'une chose défectueuse constitue-t-elle également un acte illicite au sens de l'art. 41 al. 1 CO ? L'illicéité est la violation d'une règle de comportement — injonction ou interdiction du droit écrit ou non écrit — destinée à protéger les biens personnels ou patrimoniaux des tiers. La violation d'un contrat ne constitue pas en tant que tel un acte illicite, la transgression d'un droit relatif ne tombant pas sous le coup de l'art. 41 CO. La livraison d'une chose défectueuse n'est un acte illicite que si elle enfreint une norme de comportement destinée à protéger les biens personnels ou patrimoniaux des particuliers.

Ainsi, un vendeur livre une machine dangereuse qui, à la suite de ces défauts, explose et cause de nombreux dégâts ; il viole, par là, une norme de droit non écrit selon laquelle celui qui crée un état de faits dangereux doit prendre les précautions commandées par les circonstances pour empêcher un dommage de se produire³⁶.

D'autre part, en cas de livraison fautive d'une chose défectueuse, la responsabilité sera bien souvent engagée selon l'art. 41 CO, l'illicéité résidant dans l'escroquerie (art. 148 CPS), la falsification de marchandises (art. 153 CPS) ou leur mise en circulation (art. 154 CPS)³⁷.

Le Tribunal fédéral³⁸, pour la vente d'une montre assurée 18 carats, mais n'étant en réalité que de 14 carats, a admis que le vendeur n'avait pas seulement violé le contrat, mais avait également commis un acte illicite, ayant enfreint la loyauté en affaires, qui interdit de mettre dans le commerce des ouvrages de métal précieux munis d'un titre inexact³⁹.

contrahendo, dans la mesure toujours où l'acheteur a satisfait aux exigences des art. 201, 202 et 210 CO.

Toutefois, ce problème ne concerne pas les dommages-intérêts négatifs que réclame l'acheteur à côté de l'invalidation du contrat. Nous avons en effet admis que les articles susmentionnés ne s'appliqueraient pas à l'invalidation du contrat pour erreur essentielle.

³⁶ ATF 90 (1964) II 86 = JT 1964 I p. 560 (livraison d'une friteuse électrique défectueuse).

³⁷ Voir Katz, *loc. cit.*, p. 151 ; Giger, Vorb. Art. 197-210 N° 54.

³⁸ ATF 67 (1941) II 132.

³⁹ Voir toutefois Becker, *loc. cit.*, Vorb., Art. 41-61 CO N° 1 et Caga Tahir, Konkurrenz deliktischer und vertraglicher Ersatzansprüche, Thèse Zurich 1939, p. 166 et 167, qui admettent que la livraison d'une chose défectueuse constitue non seulement la violation d'un contrat, mais également la transgression à un commandement général de l'ordre juridique. Opinion par trop absolue, la livraison d'une chose défectueuse ne constituant pas en tant que tel, un acte illicite au sens de l'art. 41 CO.

II. Le concours

Il faut distinguer trois cas :

- 1.— Tout d'abord, lorsque les conditions des art. 197 ss. CO et 41 ss. CO sont réunies, l'acheteur peut faire valoir à choix les actions tirées de ces deux groupes de normes ⁴⁰. Notons toutefois qu'en cas de faute intentionnelle, les dispositions strictes sur la garantie ne s'appliquent pas.
- 2.— Ensuite, dans certains cas, il peut y avoir application cumulative des art. 205 ss. CO et 41 ss. CO, lorsqu'une réparation du tort moral se justifie selon l'art. 47 CO ou, plus rarement, selon l'art. 49 CO ⁴¹.
- 3.— Le problème est plus ardu lorsque l'acheteur, n'ayant pas satisfait à ses obligations, est déchu des droits découlant de la garantie. Peut-il alors demander réparation de son dommage selon l'art. 41 CO ? La jurisprudence et la doctrine sont partagées.

Le Tribunal fédéral, dans l'arrêt Juvénia ⁴², a refusé à l'acheteur une action fondée sur l'art. 41 CO, celui-ci ayant omis de signaler au vendeur les défauts constatés, et l'a donc déchu non seulement de l'action *ex contractu*, mais aussi de l'action *ex delicto*. Néanmoins, dans un arrêt antérieur, le Tribunal fédéral ⁴³ avait admis l'action délictuelle d'un ouvrier-monteur qui avait fait une chute à la suite d'un défaut de réparation d'une sangle, mais avait refusé l'action contractuelle, la victime n'ayant pas signalé le défaut assez rapidement.

Ensuite, dans un arrêt de 1953 ⁴⁴ non publié, notre Cour suprême a accordé à l'acheteur, en cas de vente de bétail, les actions basées sur l'art. 41 CO, bien qu'il n'y ait pas eu de promesse de garantie selon l'art. 198 CO.

Enfin, dans l'arrêt Breu c. Oberländer, le Tribunal fédéral a laissé la question ouverte ⁴⁵.

Par contre, le tribunal de commerce de Zurich ⁴⁶, sans toutefois appliquer l'art. 41 CO en l'absence d'un acte illicite, a pris position sur le

⁴⁰ Otfinger, *loc. cit.*, Bd I, p. 483 ss.; Becker, *loc. cit.*, Vorb. Art. 41-61 CO N° 1; Guhl-Merz-Kummer, *loc. cit.*, p. 202 et 340; Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Vorb. Art. 41-61 CO N° 15; Giger, *loc. cit.*, Vorb. Art. 197-210 N° 55; Piotet, *loc. cit.*, p. 114 ss.; Neuenschwander, *loc. cit.*, p. 49; Schubiger, *loc. cit.*, p. 139; Katz, *loc. cit.*, p. 152; ATF 95 (1964) II 86 = JT 1964 I p. 560. *Contra*: von Tuhr-Escher, *loc. cit.*, p. 109.

⁴¹ Schubiger, *loc. cit.*, p. 135; Katz, *loc. cit.*, p. 152; Giger, *loc. cit.*, Vorb. Art. 197-210 N° 58.

⁴² ATF 67 (1941) II 132.

⁴³ ATF 64 (1938) II 254 = JT 1939 I p. 42 cons. 1.

⁴⁴ ATF du 3 novembre 1953, Gossner c. Manser; voir Schubiger, *loc. cit.*, p. 134 et 137.

⁴⁵ ATF 90 (1964) II 86 = JT 1964 I p. 560.

⁴⁶ ZR 43 (1944) N° 243.

problème en prévoyant l'application exclusive des dispositions sur la garantie.

Dans la doctrine, Schubiger⁴⁷ et Oftinger⁴⁸ rejoignent l'opinion de l'arrêt Juvénia⁴⁹. Selon ces auteurs, les art. 201-202 et 210 CO ont été édictés pour que chaque dommage causé à l'acheteur ne puisse être invoqué qu'à des conditions particulières, c'est-à-dire dans le respect de la sécurité du droit et des transactions commerciales. Si l'acheteur n'a pas observé ces dispositions spéciales, une application alternative des art. 41 ss. CO est exclue⁵⁰.

Une telle opinion est trop absolue et excessivement stricte. Il faut admettre, avec la doctrine dominante⁵¹, que l'acheteur peut demander réparation du dommage selon l'art. 41 CO, même s'il n'a pas satisfait à ses obligations d'avis des défauts.

Certes, l'exclusivité des dispositions spéciales sur la garantie est un moyen indispensable pour la sécurité du droit et des transactions commerciales. Mais, en cas de recours à l'art. 41 CO, le risque d'éviction de ces règles strictes n'est pas grand, d'autant plus que les art. 201, 202 et 210 CO sont exclus en cas de faute intentionnelle du vendeur ; d'autre part, la prescription en cas d'acte illicite est courte : une année dès la connaissance du dommage (art. 60 al. 1 CO).

L'acheteur qui a omis de vérifier et d'aviser le vendeur des défauts de la chose dont l'action en garantie est prescrite doit néanmoins pouvoir fournir la preuve que la livraison défectueuse dommageable a été causée par le comportement fautif et illicite du vendeur. L'exemple que donne Schubiger⁵² en faveur de l'exclusivité des dispositions sur la garantie peut aussi bien être retourné et invoqué pour l'application alternative des art. 41 ss. CO.

Ainsi, V vend à A des pièces de feu d'artifices ; V, par erreur, les livre à X — tout à fait étranger au contrat — ; la marchandise explose par suite de ses défauts dont V est responsable. Pourquoi accorder une action en dommages-intérêts à X et non pas à A, en supposant que la marchandise ait explosé chez lui ? V a commis un acte illicite vis à vis de X et de A. Le fait que A et V sont en relations contractuelles n'a, à notre sens, aucune influence sur la responsabilité délictuelle de V.

⁴⁷ Schubiger, *loc. cit.*, p. 138 s. Caga, *loc. cit.*, p. 176-177, sans se prononcer sur ce problème, laisse supposer une application exclusive des règles sur la garantie.

⁴⁸ Oftinger, *loc. cit.*, Bd I p. 485, note 35.

⁴⁹ ATF 67 (1941) II 132.

⁵⁰ Schubiger, *loc. cit.*, p. 139, qui fait toutefois une exception : quand les conditions d'une action en réparation de tort moral sont réunies, l'équité exige réparation du préjudice, même si les dispositions spéciales de la garantie ne sont pas observées.

⁵¹ Becker, *loc. cit.*, Vorb. Art. 41-61 CO N° 1 ; Guhl-Merz-Kummer, *loc. cit.*, p. 202 et 340 ; Neuenschwander, *loc. cit.*, p. 92 ; Piotet, *loc. cit.*, p. 147 ; Merz, *loc. cit.*, p. 107 ; Katz, *loc. cit.*, p. 153 ; Cuendet, *loc. cit.*, p. 217 ; KG, SG, SJZ 65 (1965) p. 278, N° 135 ; Giger, *loc. cit.*, Vorb. Art. 197-210 N° 57.

⁵² Schubiger, *loc. cit.*, p. 138.

S'agissant de deux états de faits absolument différents, les dispositions sur la responsabilité extracontractuelle ne sont pas des *lege speciales* par rapport aux règles sur la garantie en raison des défauts de la chose vendue. Enfin, les art. 201, 202 et 210 ne peuvent s'appliquer qu'aux actions en garantie⁵³.

On doit donc admettre, en juste logique et en bonne équité, l'application alternative des art. 41 ss. CO⁵⁴.

⁵³ Voir Giger, *loc. cit.*, *Vorb.* Art. 197-210 N° 26 ss., 46 ss., 57, 63 ss. ; voir également Art. 210 N° 22 ss. Notons que nous assimilons l'action générale en dommages-intérêts positifs basée sur l'art. 97 al. 1 CO à une action en garantie. Voir *supra*, p. 186 s.

⁵⁴ Giger, *loc. cit.*, *Vorb.* Art. 197-210 N° 56 s. ; voir également Fikentscher, *loc. cit.*, p. 400 ; Erman-Weitnauer, *loc. cit.*, *Vor* § 459 N° 33 ; pour une opinion contraire (isolée), voir BGH, NJW 60, 237.

QUATRIÈME PARTIE

CONSIDÉRATIONS SUR LA GARANTIE
EN CAS D'ÉVICTION

Chapitre I

La garantie en cas d'éviction

Chapitre II

Le droit de résolution

Chapitre III

Concours entre l'action en garantie en cas d'éviction
et d'autres actions

CHAPITRE PREMIER

LA GARANTIE EN CAS D'ÉVICTION

A NOTION

Par garantie en cas d'éviction, on entend « *la responsabilité du vendeur à l'égard de l'acheteur lorsqu'un tiers, après le transfert de possession à l'acheteur, lui enlève la chose vendue (évince l'acheteur) ou bien fait valoir sur la chose un droit subjectif* »¹. La garantie en cas d'éviction porte sur des vices affectant le droit de la chose vendue : un tiers élève sur la chose des prétentions telles que l'acheteur se la voit enlevée entièrement ou en partie, ou se voit privé de certaines facultés attachées à la propriété². Le but de la garantie en cas d'éviction est la protection de l'acheteur, à qui la chose vendue a été retirée par un tiers qui dispose d'un droit préférable.

Il est essentiel d'opérer une distinction entre l'éviction — où l'acheteur se voit enlever la chose — et la vente d'une chose affectée de défauts juridiques — où une qualité attendue ou promise manque à la chose voulue. Ainsi, un vice juridique peut résulter p. ex. d'une restriction du droit de bâtir découlant d'un plan d'alignement, ou encore d'une mesure de séquestre ou de blocage. La distinction entre défaut juridique et éviction — surtout éviction partielle — peut apparaître délicate. L'éviction suppose toujours qu'un tiers revendique un droit subjectif sur la chose ; c'est donc le cas pour une servitude, non pour une restriction de droit public³.

¹ Guhl-Merz-Kummer, *loc. cit.*, p. 328.

² La note marginale, en allemand, de l'art. 192 CO, parle de « Gewährleistung des veräussten Rechtes » (c'est-à-dire de garantie portant sur des droits aliénables) ; il s'agit ainsi de droits sur la chose vendue et, en premier lieu, du droit de propriété. Voir Liechti, *loc. cit.*, p. 17.

³ Guhl-Merz-Kummer, *loc. cit.*, p. 331 ; sur la distinction entre garantie en raison des défauts de la chose vendue et garantie en cas d'éviction, voir Giger, *loc. cit.*, Art. 192 N° 18 ss., not. N° 20 et 21. Voir ATF 95 (1969) II 119 = JT 1970 I p. 238 : défauts juridiques d'une machine italienne utilisée en Suisse du fait que son installation électrique n'est pas conforme aux prescriptions des SIG. De même, l'acheteur de bonne foi, qui se voit privé d'un droit de passage non inscrit au Registre foncier, dispose des actions édiliciennes et non de l'action en garantie en cas d'éviction, ATF 98 (1972) II 191 = JT 1973 I p. 370.

Ce problème a trouvé un écho particulier dans la vente d'une chose constituant la contre-*façon* d'un objet breveté. Dans un arrêt de 1952, la Cour de Justice de Genève⁴ a jugé qu'il n'y a pas seulement éviction lorsqu'un tiers peut prétendre à l'exercice d'un droit réel sur la chose vendue, mais que l'éviction peut également résulter d'un droit subjectif d'un tiers qui porte atteinte au droit de libre disposition de l'auteur, comme la vente d'un brevet constituant la contre-*façon* d'un autre⁵. Ce jugement a été réformé par le Tribunal fédéral⁶, qui a estimé qu'en cas de vente d'une chose qui constitue une contre-*façon* d'un objet breveté, l'acheteur ne peut invoquer les dispositions relatives à la garantie en cas d'éviction, mais seulement les art. 197 ss. CO ; dans le présent cas, poursuit l'instance suprême, le seul vice qui affecterait les marchandises serait qu'elles ne pourraient être revendues ou mises en circulation. Un tel défaut s'apparente à une interdiction légale de vente ; il y a dès lors un vice juridique enlevant à la chose sa valeur ou la diminuant dans une notable mesure (application des art. 197 ss. CO).

Le domaine d'application des art. 192 ss. CO ne se limite pas au droit de la vente (ou de l'échange)⁷. Ainsi, il est expressément renvoyé à ces dispositions dans le droit de la société simple (art. 351 al. 2 CO) et dans le contrat d'édition (art. 381 CO) ; il en est de même pour le contrat d'entreprise (art. 365 CO), bien que le texte français de cette disposition fasse apparaître le renvoi uniquement à la garantie en raison des défauts de la chose vendue⁸. Par contre, les art. 192 ss. CO ne s'appliquent ni à la vente aux enchères (art. 234 CO), ni à la vente d'une créance ou d'un droit auquel cas seules les règles spéciales sur la garantie en cas de cession (art. 171-173 CO) s'appliquent.

⁴ Cour de Justice, Genève, SemJud 75 (1953) 325.

⁵ Voir également ATF 75 (1949) II 166 = JT 1950 I p. 9. La distinction entre défauts et éviction est importante, l'acheteur, en cas d'éviction, n'étant pas soumis aux inconvénients de vérification et d'avis des défauts ; Giger, *loc. cit.*, Art. 192 N° 18.

⁶ ATF 82 (1956) II 238, 248 ; Giger, *loc. cit.*, Art. 192 N° 23 et 24 critique cette jurisprudence, estimant que l'impossibilité de revente aboutit à une éviction partielle.

⁷ Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 192 N° 2 ; Giger, *loc. cit.*, Art. 192

⁸ Voir Gautschi Georg, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd VI: das Obligationenrecht, 2. Abt. : die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband : der Werkvertrag, Berne 1967, Art. 365 N° 8 ; Klaue Peter, Werkvertragliche Mängelhaftung und ihr Verhältnis zu den allgemeinen Nichterfüllungsfolgen, thèse Zurich 1973, p. 4 ; Gauch Peter, der Unternehmer im Werkvertrag und seine Haftung für Mängel, 2^e éd., Zurich 1977, N° 391 et 863, admet que l'art. 365 CO ne vise que la garantie contre l'éviction.

B NATURE JURIDIQUE

I. *L'obligation de transférer la propriété*

L'art. 184 al. 1 CO énonce deux obligations du vendeur :

1.— L'obligation de livrer la chose vendue à l'acheteur : pour les choses matérielles, cette livraison consiste dans le transfert de possession qui peut s'opérer de différentes manières (art. 922-925 CO). Pour les droits, notamment pour les créances, il n'y a pas de transfert de possession — sous réserve des droits incorporés dans un papier-valeur — puisque la cession du droit suffit pour permettre à l'acheteur de jouir de ce droit et de l'exercer⁹.

2.— L'obligation de transférer la propriété de la chose vendue à l'acheteur : cette expression est surtout valable pour les choses mobilières. Dans ce cas, le transfert de propriété se fait avec la mise en possession (art. 714 CCS). Dès la transmission de la chose, le vendeur exécute par là même son obligation de transférer la propriété, dans la mesure où un droit de disposition lui appartient. En effet, le transfert de propriété n'est pas consensuel en droit suisse ; le contrat de vente ne transfère pas la propriété sur la chose vendue à l'acheteur ; il oblige simplement le vendeur à le faire. La vente, pur contrat obligationnel, n'est que le fondement du transfert de propriété.

Pour les immeubles, le vendeur a l'obligation de requérir l'inscription du nouveau propriétaire au Registre foncier. Si le vendeur refuse de requérir l'inscription, l'acheteur intentera une action en attribution de la propriété (art. 665 CCS) ; sur la base du jugement obtenu, il pourra alors requérir, de son propre chef, l'inscription au RF, art. 963 al. 2 CO)¹⁰.

A première vue, il peut y avoir une apparente contradiction entre l'art. 184 CO et l'art. 192 CO. L'art. 184 CO consacre pour le vendeur une véritable obligation de transfert de la propriété sur la chose vendue (*Eigentumsverschaffungspflicht*) ; or, ce principe semble être démenti par les art. 192 ss. CO qui traitent de l'obligation du vendeur comme simple garantie et non comme véritable obligation de transfert de la propriété¹¹.

⁹ Le vendeur rendra l'acheteur titulaire du droit, p. ex. par une cession écrite (art. 165 CO) ou par un endossement (art. 967 CO), etc. Les frais de délivrance ont une importance particulière dans le droit de la vente (art. 188, 189 CO) ; en principe, les frais de délivrance sont à la charge du vendeur, les frais d'enlèvement à la charge de l'acheteur. Cf. à ce sujet l'importance des clauses *franco*, *CIF*, *FOB*, *FAS* dans le commerce international et maritime. Voir Cavin, *loc. cit.*, p. 41.

¹⁰ L'éviction, dans la vente d'immeubles, est très rare, en raison de l'acquisition de bonne foi des droits réels immobiliers (art. 973 CCS) ; toutefois, cette disposition ne s'applique que si le RF fédéral est introduit dans le canton considéré (art. 48 al. 3 Titre final CCS). Voir ATF 52 (1926) II 16 = JT 1926 I p. 322.

¹¹ von Büren I, *loc. cit.*, p. 16 ; Liechti, *loc. cit.*, p. 19.

En vérité, on doit admettre que l'obligation de garantie en cas d'éviction se réfère à l'obligation fondamentale énoncée à l'art. 184 CO de transférer à l'acheteur la propriété de la chose vendue¹². Il existe ainsi à la charge du vendeur une véritable obligation de transférer la propriété (Rechtsverschaffungspflicht). Le vendeur s'oblige à transférer à l'acheteur les droits sur la chose vendue sans que des tiers puissent élever des prétentions sur cette chose. Si le vendeur n'exécute pas correctement son obligation, il doit réparer le préjudice subi¹³.

La « Rechtsgewährleistungspflicht » décrite à l'art. 192 CO remonte au principe de l'éviction du droit romain : en cas de violation de l'obligation de transférer la propriété, les conséquences juridiques des art. 192 ss. CO s'appliquent si le tiers fait valoir un droit préférable sur l'objet de la chose vendue¹⁴.

Il n'y a pas de contradiction entre l'obligation de transférer la propriété prévue à l'art. 184 CO et le contenu de l'art. 192 CO, comme le soutient von Büren¹⁵. L'obligation de garantie en cas d'éviction apparaît comme un élément de l'obligation contractuelle d'exécution ; elle constitue une « Bestandteil der Hauptvertragsverpflichtung »¹⁶. Une infraction contre l'obligation de garantie en cas d'éviction constitue une infraction à l'obligation d'exécution. Mais la garantie ne fait pas disparaître l'obligation pour le vendeur de transférer la propriété de la chose vendue¹⁷ qui reste un caractère de distinction du contrat de vente et qui s'applique indépendamment des conditions des art. 192 ss. CO¹⁸.

II. Sanction de l'inexécution de l'obligation de transférer la propriété

L'éviction est un cas d'impossibilité initiale subjective et définitive d'exécution. Le vendeur ne peut pas transmettre la propriété de la chose à l'acheteur, parce qu'il n'est pas lui-même propriétaire, un tiers ayant exercé son action en revendication contre l'acheteur.

Le cas le plus typique de l'éviction est celui du vendeur non propriétaire. Ainsi, V vend à A un tableau qu'il a acquis de bonne fois de Z ; or, après le transfert de possession, X, véritable propriétaire à qui l'objet a été volé, exerce dans le délai légal une action en revendication contre A. Dans ce cas, le contrat entre A et V n'est pas nul¹⁹, mais valable. En

¹² Giger, *loc. cit.*, Art. 192 N° 6.

¹³ Giger, *idem* ; Furrer, *loc. cit.*, p. 19 ; voir § 434 BGB.

¹⁴ Giger, *loc. cit.*, Art. 192 N° 8.

¹⁵ von Büren II, *loc. cit.*, p. 16.

¹⁶ Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 192 N° 23 ; Becker, *loc. cit.*, Art. 192 N° 19 ; Furrer, *loc. cit.*, p. 19 ; Stehle, *loc. cit.*, p. 26.

¹⁷ Giger, *loc. cit.*, Art. 184 N° 90.

¹⁸ Giger, *loc. cit.*, Art. 192 N° 8.

¹⁹ En effet, il n'y a pas impossibilité initiale objective (art. 20 CO). Ce ne serait le cas que si le tableau était détruit avant la conclusion du contrat ; il y aurait alors nullité de plein droit du contrat (art. 20 CO), l'acheteur disposant contre son vendeur d'une action en dommages-intérêts (négatifs vu la conclusion du contrat) en cas de culpa in contrahendo. ATF 36 (1910) II 203 ; 40 (1914) II 371 ; 49 (1923) II 56.

effet, en droit suisse, contrairement au droit français²⁰, la vente de la chose d'autrui est valable. La propriété ne se transférant pas en droit suisse par le seul consentement des parties, mais se produisant par la tradition pour les meubles et par l'inscription au Registre foncier pour les immeubles, le contrat de vente apparaît comme un pur contrat obligationnel qui oblige simplement le vendeur à transférer la propriété de la chose vendue à l'acheteur. La première conséquence de ce système est que le vendeur peut vendre une chose qui ne lui appartient pas²¹. Seulement, celui qui vend une chose qui appartient à un tiers s'engage à rendre l'acheteur propriétaire ; s'il ne le fait pas, le vendeur est responsable vis à vis de l'acheteur de l'inexécution de son obligation découlant de l'art. 184 al. 1 CO. Si le vendeur ne peut transmettre la propriété de la chose à l'acheteur, il s'agit d'un cas d'impossibilité initiale subjective et définitive d'exécution.

Ce cas d'inexécution des obligations est régi par l'art. 97 al. 1 CO qui accorde au créancier une action en dommages-intérêts positifs pour inexécution²².

Enfin, si on doit admettre que l'éviction constitue un cas d'inexécution des obligations (impossibilité initiale subjective d'exécution, sanctionnée par l'art. 97 al. 1 CO), il est erroné d'en déduire que chaque infraction à l'obligation de transférer les droits sur la chose vendue (*Rechtsverschaffungspflicht*) fonde une responsabilité du vendeur sur l'art. 195 CO²³. En effet, la garantie en cas d'éviction ne s'applique qu'à des conditions bien précises et notamment si le transfert de possession a eu lieu, le tiers devant exercer son action en revendication contre l'acheteur et non contre le vendeur.

²⁰ En droit français, le transfert de propriété est consensuel, c'est-à-dire qu'il s'opère par la conclusion du contrat de vente. Dès lors, la vente de la chose (art. 1599 CCF) d'autrui est nulle, le vendeur devant être nécessairement propriétaire au moment de la conclusion du contrat. L'art. 1603 CCF prévoit toutefois que le vendeur a deux obligations principales, celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend. Le droit français connaît le principe de la garantie en cas d'éviction, dans le sens où le vendeur doit garantir la possession paisible de la chose vendue (principe hérité du droit romain). En cas d'éviction totale, l'action en garantie fera double emploi avec l'action en nullité de l'art. 1599 CCF. Le vendeur devra restituer le prix et indemniser l'acheteur. En cas d'éviction partielle, l'acheteur peut faire résilier la vente (art. 1637 CCF). Voir Giger, *loc. cit.*, Art. 192 N° 15 s.

²¹ Cavin, *loc. cit.*, p. 19 ; von Tuhr-Escher, *loc. cit.*, p. 94 note 9.

²² Furrer, *loc. cit.*, p. 19 ; Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 192 N° 1 ; Guhl-Merz-Kummer, *loc. cit.*, p. 328 ; Giger, *loc. cit.*, Art. 192 N° 9. Sur la controverse au sujet de l'application de l'art. 97 al. 1 CO à l'impossibilité initiale subjective et définitive d'exécution et à l'éviction, voir *infra*, p. 217 ss. Sur le concours entre l'art. 97 al. 1 CO et les art. 192 ss. CO, voir *infra*, p. 225 s.

²³ Voir Stehle, *loc. cit.*, p. 35 ss., qui admet que la notion de garantie en cas d'éviction embrasse tout droit non transmis à l'acheteur. Toute infraction à l'obligation du vendeur de transférer les droits engage une responsabilité sur l'art. 195 CO.

C IMPORTANCE PRATIQUE DES DISPOSITIONS SUR L'ÉVICTION

La signification pratique des dispositions sur l'éviction est, contrairement aux règles sur les défauts de la chose, extrêmement minime en droit suisse. Les cas d'éviction sont fort peu nombreux en raison du principe de l'acquisition de bonne foi des droits réels mobiliers (art. 714 al. 2, 884 al. 2 et 933 CCS) et immobiliers (art. 973 CCS)²⁴. En effet, l'acheteur de bonne foi acquiert, selon le principe des droits réels, la propriété — ou un droit réel limité sur la chose — si le vendeur, sans être propriétaire, lui a transmis la possession de cette chose (art. 714 al. 2, 933 CCS) ou s'il l'a inscrit au RF (art. 973 CCS). L'acquéreur de bonne foi ne sera donc pas exposé à une action en éviction de la part du propriétaire primitif.

Il résulte de ce principe que les règles sur la garantie en cas d'éviction ne pourront s'appliquer que dans deux hypothèses²⁵ :

1.— Lorsque le vendeur aliène une chose mobilière perdue ou volée ou dont le propriétaire a été dessaisi sans sa volonté (art. 934 CCS, sous réserve de l'art. 935 CCS lorsque l'acheteur a acquis de bonne foi de la monnaie ou des titres au porteur). Toutefois, dans ce cas, le véritable propriétaire doit la revendiquer dans un délai de cinq ans depuis la perte. Passé ce délai, l'acheteur ne pourra plus se voir évincé.

2.— Lorsque l'acheteur était de mauvaise foi (art. 936, 974 CCS), c'est-à-dire savait qu'un tiers avait des droits sur la chose : dans ce cas, l'acheteur n'acquiert pas la propriété sur la chose vendue et le véritable propriétaire peut la revendiquer en tout temps (art. 936)²⁶ ; l'acheteur de mauvaise foi sera donc évincé. Toutefois, dans ce cas, le vendeur ne sera tenu à garantie que s'il l'a expressément promise (art. 192 al. 2 CO).

En effet, l'éviction suppose que l'acheteur ne connaissait pas les risques d'éviction au moment de la conclusion du contrat²⁷. Si l'acheteur avait des doutes sur la qualité de propriétaire du vendeur, il supporte le risque d'éviction, car il devait se rendre compte du danger qu'il courait. Toutefois, cette règle est de droit dispositif et le vendeur peut expressément promettre sa garantie.

²⁴ Toutefois, cette disposition ne s'applique que si le RF fédéral est introduit dans le canton considéré (art. 48 al. 3 Titre final CCS) ou bien il existe des institutions cantonales assimilées au RF. Giger, *loc. cit.*, Art. 192 N° 32.

²⁵ L'éviction existera également lorsque l'objet de la vente est un droit ou une créance. Mais, dans ce domaine, on appliquera les règles spéciales sur la garantie en cas de cession (art. 171-173 CO). Sont réservées les dispositions sur l'acquisition de bonne foi des titres à ordre et des titres au porteur.

²⁶ Pour les immeubles, le véritable propriétaire bénéficiera d'une action en revendication immobilière accompagnée d'une action en rectification du RF (art. 974, 975 CCS).

²⁷ Voir *infra*, p. 202 s.

En conclusion, nous voyons donc que les cas où les dispositions sur l'éviction peuvent s'appliquer sont extrêmement rares. Ceci se ressent notamment dans la jurisprudence, qui est bien mince sur ce sujet.

D LES CONDITIONS DE L'ACTION EN GARANTIE

I. *Les conditions de fond*

Les conditions de fond de l'action en garantie en cas d'éviction sont au nombre de quatre :

1.— Une éviction : elle doit résulter d'un droit subjectif. Elle peut être totale lorsque la chose entière est enlevée à l'acheteur, avec tous les droits s'y rapportant (ex. action en revendication du tiers en raison de son droit de propriété sur la chose). Elle peut être partielle lorsqu'un tiers revendique une partie de la chose ou lorsqu'il fait valoir un droit propre sur la chose (ex. un droit réel limité). L'éviction partielle n'entraîne pas la résolution du contrat ; toutefois, dans certains cas, elle sera assimilée à une éviction totale et l'acheteur aura alors la faculté de résoudre la vente ²⁸.

Il s'agit de ne pas confondre l'éviction partielle avec la quasi-éviction. On parle de quasi-éviction dans les cas où l'acheteur subit un dommage d'éviction (Entwehrungsschaden), mais sans que la chose lui soit retirée, ainsi p. ex. lorsque l'acheteur conclut un accord lors du procès avec le véritable propriétaire aux termes duquel ce dernier renonce à son droit ²⁹.

2.— Le transfert de la chose doit avoir eu lieu : en d'autres termes, l'éviction doit se faire contre l'acheteur et non contre le vendeur. L'acquisition dérivée de la possession sans remise de la chose est également possible ; ainsi, la possession peut être transmise par le constitut possessoire (art. 924 CO) ou par *brevi manu traditio* ³⁰. Si la chose est enlevée au vendeur avant le transfert de possession, les dispositions sur l'éviction ne s'appliquent pas. Il y a impossibilité pour le vendeur de fournir sa prestation ; cette impossibilité est initiale et subjective et le vendeur répondra selon l'art. 97 al. 1 CO ³¹.

3.— L'éviction doit être due à un droit qui appartenait au tiers lors de la conclusion du contrat ³² : les dispositions sur la garantie en cas

²⁸ Giger, *loc. cit.*, Art. 192 N° 60 ss., not. 63.

²⁹ Guhl-Merz-Kummer, *loc. cit.*, p. 330 ; Giger, *loc. cit.*, Art. 192 N° 66.

³⁰ Liechti, *loc. cit.*, p. 24 ; Giger, *loc. cit.*, Art. 192 N° 40.

³¹ Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 192 N° 11 ; Becker, *loc. cit.*, Art. 192 N° 8 ; Cavin, *loc. cit.*, p. 63 ; Martin, *loc. cit.*, p. 21 ; Giger, *loc. cit.*, Art. 192 N° 38 ; ZR 9 (1910) N° 193. Sur la possibilité d'appliquer les art. 192 ss. CO par analogie quand le transfert de possession n'a pas lieu, voir *infra*, p. 227.

³² L'éviction est un cas d'impossibilité *initiale* subjective d'exécution ; Giger, *loc. cit.*, Art. 192 N° 41 s. Si un usufruit est créé sur la chose après la conclusion du contrat mais avant la remise de la chose, il y a alors violation positive du contrat.

d'éviction ne s'appliqueront pas si, p. ex., après la conclusion du contrat — mais avant le transfert de propriété —, un droit réel limité apparaît sur la chose³³. De même, le vendeur ne sera pas tenu de la garantie si l'éviction se produit en vertu d'une cause postérieure au contrat, comme p. ex. l'expropriation pour cause d'utilité publique³⁴. Dans ces cas, il y a impossibilité subséquente d'exécution ; le vendeur répondra selon l'art. 97 al. 1 CO, en cas de faute de sa part. Si on ne peut lui reprocher aucune faute, il sera libéré selon l'art. 119 al. 1 CO³⁵.

4.— L'acheteur doit avoir ignoré les risques d'éviction au moment de la conclusion du contrat³⁶. S'il les connaissait, il a acheté la chose à ses risques et périls, et en cas d'éviction, il ne dispose pas contre son vendeur d'une action en garantie. Les doutes de l'acheteur doivent avoir existé au moment de la conclusion du contrat et se référer aux risques d'éviction³⁷. En cas de contestation, c'est au vendeur de prouver que l'acheteur connaissait les risques d'éviction³⁸. L'exclusion de la garantie se rapporte à la connaissance effective par l'acheteur du risque d'éviction. A notre avis, la garantie ne doit pas être exclue lorsque l'acheteur, en faisant preuve d'attention particulière, aurait pu ou dû connaître le risque d'éviction ; une méconnaissance des défauts par négligence ne doit pas exclure la garantie légale du vendeur. L'art. 3 CCS ne s'applique pas³⁹. Cette solution correspond à la volonté du législateur qui, lorsqu'il a voulu exclure la garantie pour les vices connus de l'acheteur et pour ceux qu'il aurait dû connaître, l'a expressément prévu dans des dispositions légales (art. 200 al. 2, 273 al. 2 CO). On doit donc logiquement admettre que la garantie en cas d'éviction n'est pas exclue lorsque l'acheteur, en faisant preuve de l'attention commandée par les circonstances, aurait pu ou dû connaître le risque d'éviction⁴⁰. Une exception doit toutefois être faite quand l'acheteur a laissé passer, contrairement aux règles de la bonne foi, l'occasion qui lui était faite de connaître le risque d'éviction (p. ex. lorsque l'acheteur ne consulte pas intentionnellement le RF)⁴⁰.

Toutefois, malgré la connaissance du risque d'éviction, le vendeur est tenu de la garantie s'il l'a expressément promise (art. 192 al. 2 CO). Une telle obligation de garantie doit être expresse et ne peut pas découler

³³ Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 192 N° 12 ; Becker, *loc. cit.*, Art. 192 N° 11.

³⁴ Martin, *loc. cit.*, p. 21-22.

³⁵ Voir Giger, *loc. cit.*, Art. 192 N° 43.

³⁶ Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 192 N° 17 ; voir surtout Giger, *loc. cit.*, Art. 192 N° 46 s., not. 46-48.

³⁷ Becker, *loc. cit.*, Art. 192 N° 14 ; Martin, *loc. cit.*, p. 22 ; Giger, *loc. cit.*, Art. 192 N° 55.

³⁸ Cavin, *loc. cit.*, p. 65 ; Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 192 N° 15 ; *contra* : Martin, *loc. cit.*, p. 22 ; Weiss, *loc. cit.*, p. 156-159.

³⁹ Oser-Schönenberger, *idem* ; Giger, *loc. cit.*, Art. 192 N° 53 s., qui se base sur le principe de la confiance ; Cavin, *loc. cit.*, p. 65 ; Liechti, *loc. cit.*, p. 26 ; von Tuhr-Peter, *loc. cit.*, p. 17 n. 41.

⁴⁰ Oser-Schönenberger, *idem* ; Giger, *loc. cit.*, Art. 192 N° 54.

des circonstances du cas ou de la nature de l'affaire ; il ne s'agit plus d'une garantie légale, mais d'une garantie conventionnelle dont les conditions et les effets sont déterminés d'après la convention et où les art. 193-196 CO ne s'appliquent qu'à titre supplétif ⁴¹.

II. *Les conditions d'exercice*

Pour pouvoir exercer son action en garantie contre le vendeur, l'acheteur doit prouver qu'il y a eu éviction, ceci conformément à l'art. 8 CCS. Cette preuve peut se faire de deux manières :

1.— La preuve de l'éviction par jugement : en soi, le jugement rendu entre le tiers qui revendique et l'acheteur n'est pas opposable au vendeur (effet relatif du jugement). Cela est cependant rendu possible si l'acheteur *dénonce l'instance* au vendeur.

La dénonciation du litige est une institution de procédure civile ; comme telle, elle ressortit à la législation cantonale. Toutefois, le Code des obligations a édicté à ce propos quelques règles fédérales pour déterminer de manière uniforme les conditions d'exercice de l'action en garantie. Ainsi, les conséquences de fond de la dénonciation d'instance, de l'omission de la dénonciation et du refus du vendeur d'accepter la dénonciation, sont de droit fédéral. Les dispositions cantonales de procédure contraires aux art. 193-194 sont virtuellement abrogées. L'art. 193 s'applique par analogie à d'autres rapports juridiques donnant lieu à une action en garantie ou en réparation du dommage ⁴².

L'art. 193 CO (dénonciation d'instance) ne consacre pas une exception à la règle de l'art. 59 CF, en ce sens qu'il ne donne pas à l'acheteur qui dénonce l'instance au vendeur obligé à garantie le droit de prendre des conclusions récursoires contre le vendeur si celui-ci invoque le bénéfice de l'art. 59 CF. L'art. 193 CO a seulement pour but de donner au vendeur à qui l'instance a été dénoncée la possibilité d'appuyer l'acheteur dans la défense de ses droits. Cette disposition ne peut ainsi constituer un obstacle à l'application de l'art. 59 CF et ne saurait être opposée par l'acheteur à l'exception de l'appelé en cause ⁴³.

⁴¹ Cavin, *loc. cit.*, p. 64. Notons enfin que, comme dans la garantie en raison des défauts de la chose, les dispositions sur l'éviction sont de droit dispositif ; la garantie en cas d'éviction peut être restreinte ou limitée par convention entre les parties (pactum de non praestando evictione). Toutefois, la limitation ou la suppression de la garantie n'est pas valable si le vendeur a agi de mauvaise foi, c'est-à-dire s'il a intentionnellement dissimulé le droit appartenant au tiers. Sur ce sujet, voir Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 192 N° 20-21 ; Becker, *loc. cit.*, Art. 192 N° 16-17 ; Cavin, *loc. cit.*, p. 65 ; Giger, *loc. cit.*, Art. 192 N° 68-76.

Liechti, *loc. cit.*, p. 28 s. ; voir surtout Furrer, *loc. cit.*, p. 29. Voir également Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung 63 (1962) p. 243 ss.

⁴² ATF 90 (1964) II 400 = JT 1965 I p. 354 ; Giger, *loc. cit.*, Art. 192 N° 7.

⁴³ SemJud 87 (1965) 390, 393 ; Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 193 N° 2 ; voir art. 81 LPC genevoise.

- (a) L'acheteur dénonce le litige au vendeur : le vendeur est ainsi mis en demeure de défendre le droit de l'acheteur. Dans ce cas, il y a deux possibilités :
- aa) Le vendeur accepte la dénonciation du litige : il participe au procès comme intervenant accessoire ; parfois même, selon la procédure, il se substitue à l'acheteur. Le jugement rendu est alors dans tous les cas opposable au vendeur en vertu même des règles de la procédure ;
 - bb) Le vendeur n'accepte pas la dénonciation du litige : l'issue défavorable du procès lui sera aussi opposable (art. 193 al. 2), à moins qu'il ne prouve que le procès a été perdu à cause du dol ou de la faute grave de l'acheteur (désintérêt de l'acheteur, connivence avec le tiers revendiquant). Une telle issue ne peut consister qu'en une décision judiciaire, non en une transaction judiciaire ⁴⁴.
- (b) L'acheteur omet de dénoncer le litige : conformément à l'art. 193 al. 3, le vendeur doit ici également se laisser opposer le jugement ; il est donc tenu à garantie. La loi lui permet cependant de se libérer de la garantie en prouvant que le procès aurait eu une issue plus favorable s'il lui avait été dénoncé. Si l'acheteur n'a pas dénoncé l'instance au vendeur pour une cause imputable à celui-ci (ex. ; il a dispensé l'acheteur de lui dénoncer l'instance), le vendeur sera tout de même tenu à garantie sans qu'il lui soit possible de se libérer ⁴⁵.

2.— La preuve de l'éviction sans jugement : le législateur n'a pas voulu obliger dans tous les cas l'acheteur menacé d'éviction à soutenir un procès. L'art. 194 prévoit deux cas où le vendeur sera tenu à garantie sans qu'un jugement soit intervenu entre l'acheteur et le tiers.

- (a) L'acheteur menacé d'éviction peut inviter le vendeur à prendre fait et cause pour lui, tout en l'avisant que, sinon, il reconnaîtra le droit d'un tiers ou se soumettra à un jugement arbitral (art. 194 al. 1). L'acheteur doit agir selon les règles de la bonne foi.

Une transaction judiciaire conclue par l'acheteur évincé avec le tiers ne constitue pas une issue du procès au sens de l'art. 193 al. 2 CO. Une telle issue ne peut consister qu'en une décision judiciaire. Cependant, il est quelquefois indispensable pour l'acheteur de reconnaître le droit du tiers durant le procès.

Dans ce cas, c'est l'art. 194 al. 1 CO qui trouve son application. Cette disposition s'applique également lorsqu'un procès a déjà été partiellement conduit, mais que les parties concluent ensuite une transaction ; en effet, en passant une transaction judiciaire, les par-

⁴⁴ ATF 100 (1974) II 24 = JT 1975 I p. 67.

⁴⁵ Martin, *loc. cit.*, p. 25 ; sur la problématique de l'art. 193 CO, voir Giger, *loc. cit.*, Art. 193 N° 4 ss.

ties entendent mettre fin au procès et renoncent ainsi à une décision judiciaire ⁴⁶. L'art. 194 al. 1 CO exige alors une dénonciation du litige analogue à celle de l'art. 193 al. 1 CO.

Pour satisfaire aux conditions de l'art. 194 al. 1 CO, l'acheteur qui a dénoncé le litige conformément à l'art. 193 al. 1 CO doit avertir le vendeur qu'il est prêt à transiger et lui ménager ainsi une nouvelle fois l'occasion de se charger du procès. A ce défaut et à supposer que les conditions de procédure soient remplies, le tribunal doit juger si l'acheteur peut invoquer l'art. 194 al. 2 CO ⁴⁷.

- (b) L'art. 194 al. 2 admet même que l'acheteur puisse abandonner la chose au tiers et exercer l'action en garantie. Dans ce cas, il incombe à l'acheteur de prouver qu'il devait se dessaisir de la chose, c'est-à-dire que la revendication du tiers était fondée. Il s'agit du cas où l'acheteur conserve son action en garantie, même s'il n'a pas averti le vendeur avant de reconnaître le droit du tiers, s'il établit que le bien-fondé de l'action intenté contre lui était incontestable. Toutefois, le vendeur peut toujours se soustraire à sa responsabilité en prouvant la mauvaise foi de l'acheteur ⁴⁸.

⁴⁶ Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 194 N° 4 ; ATF 60 (1934) II 56 = JT 1934 I p. 197, 202 ; ATF 100 (1974) II 24 = JT 1975 I p. 67, 70.

⁴⁷ ATF 100 (1974) II 24 = JT 1975 I p. 67, 70.

⁴⁸ Martin, *loc. cit.*, p. 26 ; sur la problématique de l'art. 194 CO, voir Giger, *loc. cit.*, Art. 194 N° 4 ss.

CHAPITRE II

LE DROIT DE RÉSOLUTION

A LA RÉSOLUTION DU CONTRAT

I. L'éviction totale

En cas d'éviction totale, la vente est réputée résolue¹. Il s'agit d'un cas de résolution et non de résiliation, expression maladroite utilisée par la loi à l'art. 195 CO. La résolution enlevant à la disposition la cause ex nunc avec effets ex tunc, le contrat se transforme en un rapport de liquidation des effets du contrat au sens des art. 62 ss. CO. L'art. 195 CO sanctionne un cas de résolution du contrat pour inexécution des obligations contractuelles. On aurait très bien pu s'en tenir, en cas d'éviction totale, à un renvoi à l'art. 109 CO, comme le proposait la Commission d'experts². Mais les conséquences de l'art. 109 CO, contrairement aux §§ 346 ss. BGB, étant décrite de façon trop succincte, on a exprimé le souhait d'une réglementation détaillée³ particulière, en retenant notamment une responsabilité contractuelle causale du vendeur. Il n'empêche que l'art. 195 CO est un cas particulier de la résolution pour inexécution. Les obligations du vendeur non exécutées sont sanctionnées par la résolution du contrat. Toutefois, il nous semble inexact d'admettre que l'art. 195 CO constitue une *lex specialis* par rapport à l'art. 109 CO ; en effet, cette dernière disposition ne s'applique qu'en cas de demeure, alors que l'état de faits de l'éviction exclut précisément la demeure du débiteur, puisqu'il s'agit d'un cas d'impossibilité d'exécution⁴.

¹ Sur la présomption de résolution et sa réfutation, voir *infra*, p. 224 ss.

² Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 195 N° 1 ; Liechti, *loc. cit.*, p. 65 ; voir Protocole du 14 octobre 1908, p. 6 ss. Toutefois, l'art. 109 CO concerne la demeure du débiteur, alors que l'art. 195 CO concerne l'éviction, c'est-à-dire l'impossibilité pour le débiteur d'exécuter ses obligations. Voir *supra*, p. 61 s. ; *infra*, p. 222 s.

³ Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 195 N° 1.

⁴ *Contra* : von Büren I, *loc. cit.*, p. 390 ; voir également *infra*, p. 216 ; Schönle, *loc. cit.*, p. 469, ne réserve l'application des règles sur la demeure qu'à l'impossibilité subjective subséquente d'exécution. Voir *infra*, p. 216.

Giger ⁵ critique également l'opinion selon laquelle l'art. 195 CO constitue un cas d'application de l'art. 109 CO, car la résolution en cas de demeure du débiteur s'exerce au moyen d'une libre déclaration de volonté du créancier qui a la possibilité d'opter entre plusieurs voies, alors qu'en cas d'éviction totale, elle a lieu ipso jure en l'absence de tout exercice de droit d'option.

La résolution est, dans la garantie en cas d'éviction, présumée. Une déclaration de volonté de l'acheteur n'est pas nécessaire, pas plus d'ailleurs qu'une action judiciaire comme c'est le cas pour l'action rédhibitoire. Dès que les conditions de l'éviction sont réalisées, le contrat de vente est considéré comme résolu.

II. L'éviction partielle

En cas d'éviction partielle, la loi ne prévoit pas un droit de résolution pour l'acheteur. Celui-ci ne peut demander que la réparation du dommage qui résulte pour lui de l'éviction.

Giger ⁶ estime que lorsque l'éviction partielle ne justifie pas une résolution du contrat, l'acheteur doit se voir réparer de son dommage sur la base de l'art. 195 CO (réparation du dommage direct et indirect). A notre sens, l'art. 195 CO ne vise qu'à la réparation de l'intérêt négatif et ne s'applique logiquement pas en cas d'éviction partielle où le contrat est maintenu. L'acheteur ne peut réclamer que des dommages-intérêt positifs sur la base de l'art. 196 al. 1 CO ⁷.

La vente est maintenue et on déduit du prix stipulé un montant proportionnel à ce qui est l'objet de l'éviction. Il ne s'agit pas d'une résolution partielle ⁸, le contrat portant sur la chose entière étant en réalité maintenu.

Dans certains cas, l'éviction partielle est assimilée à une éviction totale, cela lorsqu'on peut présumer que l'acheteur n'eût point acheté s'il avait prévu l'éviction partielle. On se fonde pour cette présomption sur les conceptions reçues en affaires, sur les circonstances du cas et sur la manière d'agir d'un homme raisonnable.

Comme dans le cadre de l'action rédhibitoire, la résolution, en cas d'éviction partielle, sera établie soit sur la base d'un contrat entre l'acheteur et le vendeur, soit sur la base d'un jugement si le vendeur conteste le droit de résolution ⁹. Ce jugement apparaît alors comme un jugement constitutif ; le juge examinera la justification d'une résolution

⁵ Giger, *loc. cit.*, Art. 195 N° 5.

⁶ Giger, *loc. cit.*, Art. 195 N° 6 et 10.

⁷ Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeinderverwaltung 63 (1962) p. 243 ss., où un tiers disposait d'un droit de gage sur une chose (hypothèque constituée pour garantir une dette publique). Schönle, *loc. cit.*, p. 477.

⁸ *Contra* : Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 196 N° 3.

⁹ Liechti, *loc. cit.*, p. 71 ; Furrer, *loc. cit.*, p. 28 ; Martin, *loc. cit.*, p. 23.

du contrat, en tenant compte de l'importance de l'éviction et de l'intention probable de l'acheteur au moment de la conclusion du contrat¹⁰.

B LES EFFETS DE LA RÉSOLUTION

La résolution agissant rétroactivement, les parties doivent être replacées dans la situation où elles se trouveraient si le contrat n'avait pas été conclu.

I. La restitution du prix payé avec déduction des profits

Le contrat de vente ayant été résolu, les parties doivent se restituer les prestations qu'elles ont effectuées. Le problème de la restitution de l'objet de la vente par l'acheteur ne se pose évidemment pas en cas d'éviction. Par contre, le vendeur doit restituer à l'acheteur le prix payé, avec les intérêts à partir du jour où le prix a été payé. Sauf convention contraire, ceux-ci sont déterminés par l'art. 73 CO (5 %) ¹¹. L'action en restitution du prix se présente comme un cas d'application de l'enrichissement illégitime. La cause a cessé d'exister (art. 62 al. 1, al. 2 3^e hypothèse) et le vendeur se trouve injustement enrichi ¹². Cette action de l'acheteur se prescrit par une année, selon l'art. 67 CO.

Le vendeur doit déduire du prix payé et des intérêts les fruits et autres profits que l'acheteur a perçus ou négligés de percevoir. Ce ne sont pas seulement les fruits et les profits effectivement perçus que l'acheteur doit restituer au vendeur ; ce sont également ceux qu'il a négligé de percevoir à partir du moment où la chose lui a été remise. Une négligence légère de la part de l'acheteur suffit ¹³. Ainsi, le vendeur et l'acheteur se doivent réciproquement de restituer les revenus de la chose vendue et du prix payé ¹⁴.

Si le prix n'a pas été versé, l'acheteur devra néanmoins restituer les profits qu'il a perçus, car ceux-ci l'ont été sans cause, la vente étant résolue ¹⁵. Leur valeur doit donc être remboursée au vendeur, peu importe

¹¹ Si le vendeur a récolté des intérêts supérieurs à ceux convenus ou prévus par la loi, il n'est pas tenu de les restituer à l'acheteur.

¹² L'art. 64 CO ne s'applique pas. L'obligation de restitution du vendeur est indépendante de sa position d'enrichissement. Giger, *loc. cit.*, Art. 195 N° 11.

¹³ Giger, *loc. cit.*, Art. 195 N° 12. *Contra* : Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 195 N° 4 ; Furrer, *loc. cit.*, p. 25 note 33, qui ne retiennent qu'une négligence grave de l'acheteur.

¹⁴ Martin, *loc. cit.*, p. 27. A noter néanmoins que le problème de la déduction des fruits et profits a peu d'importance dans l'éviction, les choses mobilières ne produisant que peu fréquemment des fruits et l'éviction ne se présentant que très rarement en matière immobilière.

¹⁵ On ne peut arguer de l'art. 195 al. 1 ch. 1 CO que les fruits et les profits ne peuvent être déduits par l'acheteur que sur les intérêts du prix dont il réclame la restitution et que s'il n'y a pas de prix à restituer, il n'y a pas de déduction possible.

que l'acheteur ait ou non payé le prix. Quant aux fruits que l'acheteur a négligé de percevoir, il ne devrait pas en être tenu à restitution puisqu'il n'y a, en réalité, pas d'enrichissement ¹⁶.

En cas d'éviction partielle, lorsque la résolution se justifie, l'acheteur est tenu de rendre au vendeur la partie de la chose dont il n'a pas été évincé avec les profits qu'il en a retirés. L'action en restitution de la chose est qualifiée d'action en retransmission de la propriété mobilière ou immobilière, la vente restant valable jusqu'au moment de la résolution, et celle-ci enlevant à la disposition la cause ex nunc. L'acheteur a valablement acquis la propriété sur la partie de la chose dont il n'est pas évincé et le vendeur devra ainsi intenter une action en retransmission de la propriété, l'acheteur bénéficiant d'une action en remboursement des sommes payées avec intérêts. L'acheteur devra également restituer au vendeur non seulement les fruits qu'il a perçus, mais aussi — bien que la loi ne le précise pas — ceux qu'il a négligé de percevoir ¹⁷, à partir du moment où l'acheteur aurait dû savoir qu'un tiers était propriétaire.

Toutefois, il nous semble que l'acheteur, en cas d'éviction partielle, aura souvent intérêt à ne pas réclamer la résolution. Ainsi, A achète deux chevaux ; il est évincé de l'un d'eux. Si la vente est résolue, il rendra le cheval qui lui reste, mais devra payer au vendeur une somme pour l'usage qu'il a fait de ce cheval ; en outre, il ne pourra réclamer que des dommages-intérêts négatifs ¹⁸. Il sera alors mieux dédommagé s'il maintient la vente, car il sera entièrement indemnisé de la perte du cheval dont il est évincé ¹⁹.

II. Le remboursement des impenses

L'acheteur a une action en remboursement des impenses faites pour l'objet du contrat. La loi ne distingue pas entre les dépenses nécessaires, utiles et voluptuaires. On peut en conclure que l'acheteur a droit au remboursement de toutes les impenses qu'il a effectuées, même les impenses de pur luxe ²⁰. Par impense, on doit entendre tous les « Unterhaltskosten », c'est-à-dire les frais de transport, de douane, de chargement ou de stock.

Toutefois, l'action de l'acheteur contre le vendeur en remboursement des impenses est subordonnée à la condition que l'acquéreur ne puisse s'en faire indemniser par le tiers qui l'évince. L'acheteur doit donc se retourner en premier lieu contre le tiers propriétaire de la chose, la

¹⁶ Martin, *loc. cit.*, p. 28 ; Liechti, *loc. cit.*, p. 67 qui fait une exception en cas de faute grave de l'acheteur.

¹⁷ Giger, *loc. cit.*, Art. 196 N° 13 ; Furrer, *loc. cit.*, p. 28 ; Becker, *loc. cit.*, Art. 196 N° 3 ; Guhl-Merz-Kummer, *loc. cit.*, p. 330. *Contra* : Liechti, *loc. cit.*, p. 72.

¹⁸ Voir *infra*, p. 210 ss.

¹⁹ Martin, *loc. cit.*, p. 33.

²⁰ Martin, *loc. cit.*, p. 28 ; Liechti, *loc. cit.*, p. 68 ; Furrer, *loc. cit.*, p. 26 ; Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 195 N° 5.

responsabilité du vendeur pour les impenses apparaissant comme subsidiaire. L'acheteur se trouve, à l'égard du tiers qui l'évince, dans la situation d'un possesseur qui est tenu de restituer une chose au propriétaire (art. 938-940)²¹. L'art. 939 CCS accorde au possesseur de bonne foi²² le droit de réclamer au tiers qui exerce son action en revendication, les impenses nécessaires et utiles qu'il a effectuées. Toutefois, il ne pourra pas réclamer au tiers le remboursement des impenses luxueuses (art. 939 al. 2 CCS).

Contre le vendeur, l'acheteur pourra faire valoir le reste des impenses nécessaires et utiles qui n'ont pas été remboursées par le tiers, ainsi que les dépenses voluptuaires effectuées par l'acheteur dans les limites de l'art. 2 CCS ; en effet, l'acquéreur, à partir du moment où il connaît le risque d'éviction, doit s'abstenir de faire des impenses luxueuses.

Le remboursement des impenses constitue un des postes du dommage direct. Ceci résulte de la formulation même de l'art. 195 al. 1 qui parle de « la réparation des impenses ... et des *autres* dommages-intérêts ».

III. *Le remboursement des frais de procès*

Il s'agit des frais de procès opposant le tiers revendicant à l'acheteur, et non des frais qui peuvent naître d'un procès entre l'acheteur et le vendeur et qui sont réglés selon la procédure cantonale²³.

Tous les frais de procès qui ont été engagés de bonne fois par l'acheteur sont à réparer par le vendeur. Il s'agit aussi bien de frais judiciaires que de frais extra-judiciaires (tribunal arbitral) faits pour la conduite normale du procès. Toutefois, les frais qui auraient pu être évités par une dénonciation d'instance n'entrent pas en considération²⁴.

Egalement dans ce cadre, les frais de procès sont considérés comme une partie du dommage direct.

IV. *Les dommages-intérêts*

Comme en matière de garantie en raison des défauts de la chose vendue, les dommages-intérêts dus en cas de résolution pour éviction posent des problèmes délicats. L'art. 195 al. 1 ch. 4 CO et l'art. 195 al. 2 CO sont, dans la garantie en cas d'éviction, le pendant de l'art. 208 al. 2 et 3 CO.

²¹ Liechti, *loc. cit.*, p. 68 ; Furrer, *loc. cit.*, p. 26 ; Guhl-Merz-Kummer, *loc. cit.*, p. 330 ; Giger, *loc. cit.*, Art. 195 N° 16 ss.

²² En cas de mauvaise foi, au cas où le vendeur aurait expressément promis sa garantie, le possesseur-acheteur ne pourra faire valoir ses droits que dans le cadre de l'art. 940 al. 2 CCS.

²³ ATF 79 (1956) II 379 s.

²⁴ Furrer, *loc. cit.*, p. 26 ; Liechti, *loc. cit.*, p. 69 ; Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 195 N° 6 ; Giger, *loc. cit.*, Art. 195 N° 20.

Egalement, dans le domaine de l'art. 195 CO, nous devons faire une nette distinction entre trois paires de notion qui, si elles se recoupent parfois, n'en sont pas moins différentes :

- l'intérêt positif — qui est l'intérêt à la fidèle exécution du contrat — et l'intérêt négatif — qui est l'intérêt à la non conclusion du contrat ;
- le *damnum emergens* — qui est la diminuation effective de la fortune nette — et le *lucrum cessans* — qui est la perte de gain que subit l'acheteur du fait de l'inexécution ;
- le dommage direct et le dommage indirect, selon l'intensité du lien de causalité entre l'éviction et le dommage.

Les principes que nous avons déjà dégagés dans le cadre de la garantie en raison des défauts de la chose sont *mutatis mutandis* applicables à la garantie en cas d'éviction.

1. — La réparation du dommage direct (art. 195 al. 1 ch. 4 CO)

Le législateur a prévu une responsabilité causale du vendeur, limitée à la réparation du dommage direct. Quelle est l'étendue du dommage direct ?

Comme dans le domaine de la garantie en raison des défauts de la chose, la grande méprise de la doctrine vient du fait qu'elle utilise les notions d'intérêt négatif et d'intérêt positif comme critère de distinction du dommage direct et du dommage indirect²⁵. Or, nous avons démontré qu'un tel critère était dans ce cadre inopérant.

A notre sens, le critère déterminant entre le dommage direct et le dommage indirect réside dans l'intensité du lien de causalité entre l'état de fait dommageable et le dommage. Giger²⁶ critique une telle opinion. Il estime qu'un tel critère n'apporte pas une clarté suffisante pour savoir dans quel cadre doit être réparé le gain manqué. Il recourt à la distinction entre *damnum emergens* et *lucrum cessans* comme critère de délimitation entre dommage direct et dommage indirect. L'art. 195 al. 2 ch. 4, instituant une responsabilité causale, tend à réparer le *damnum emergens* de l'intérêt négatif, l'art. 195 al. 2 CO réparant l'intérêt positif au contrat²⁷.

²⁵ Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 195 N° 7 et 8 ; Liechti, *loc. cit.*, p. 69-70 ; Cavin, *loc. cit.*, p. 68 ; Martin, *loc. cit.*, p. 30. Voir également ATF 79 (1956) II 376 ss. Il serait intéressant de savoir comment raisonnerait dans ce domaine, à l'heure actuelle, le Tribunal fédéral, notre Cour suprême ayant admis depuis lors — et à juste titre ! — que l'intérêt négatif pouvait englober un *lucrum cessans* sur d'autres affaires.

²⁶ Giger, *loc. cit.*, Art. 195 N° 26 ss., not. N° 30.

²⁷ Giger, *loc. cit.*, Art. 195 N° 34. A noter que Giger, Art. 195 N° 31 ss., critique le recours aux notions de dommages-intérêts négatifs et positifs comme critères de distinction des dommages direct et indirect.

Fidèle aux principes que nous avons posés, nous admettons que, vu la résolution du contrat, seuls des dommages-intérêts négatifs peuvent être réclamés dans le cadre de l'art. 195 al. 1 ch. 4 CO²⁸. Il est, à notre sens, parfaitement erroné de vouloir admettre, comme le font certains auteurs²⁹, la réparation de l'intérêt positif dans l'art. 195 al. 1 ch. 4 CO.

Dans le cadre de l'intérêt négatif, l'acheteur peut réclamer tout le dommage en relation directe avec l'état de fait dommageable, c'est-à-dire le dommage qui est causé uniquement par l'éviction, à l'exclusion de toute autre cause. Il s'agira de la partie du *damnum emergens* qui est en relation directe avec l'éviction, ainsi que de la perte de salaire subie du fait de l'éviction, ainsi p. ex. si l'acheteur n'obtient pas du vendeur la prothèse destinée à le faire marcher à cause de l'éviction d'un tiers.

Les critères de distinction établis par la doctrine dominante et la jurisprudence méconnaissent la possibilité pour l'acheteur de réclamer le gain manqué dans le cadre de l'intérêt négatif. Sur quelle base légale la doctrine et la jurisprudence répareraient-elles un tel *lucrum cessans* ?

2. — La réparation du dommage indirect (art. 195 al. 2 CO)

La doctrine dominante, fidèle à son critère de distinction, admet que le cadre de l'art. 195 al. 2 CO la réparation de l'intérêt positif³⁰.

Giger³¹ admet également que l'art. 195 al. 2 tend à la réparation de l'intérêt positif en soutenant qu'il ne saurait y avoir, dans ce cadre, de réparation de l'intérêt négatif car le contrat de vente est résolu *ipso jure*, et non par une déclaration de volonté de l'acheteur comme dans le cadre de l'art. 107 al. 2 voie N° 3 CO. Pour le commentateur, le cumul de la résolution et des dommages-intérêts positifs n'est, dans le cadre de l'art. 195 CO, pas inadmissible, car le fondement juridique de la responsabilité n'est pas, selon cette disposition, la résolution du contrat, mais la violation par le vendeur d'une obligation contractuelle. L'acheteur n'est ainsi pas placé devant une option ; le vendeur doit réparer tout le dommage causé par la mauvaise exécution du contrat de vente³².

A notre sens, le cumul entre la résolution du contrat et la réparation de l'intérêt doit être prohibé, que la résolution soit prononcée par le juge, déclarée par le créancier ou présumée par la loi. La situation juridique

²⁸ Furrer, *loc. cit.*, p. 27.

²⁹ Becker, *loc. cit.*, Art. 195 N° 6 et 208 N° 5 ; Stehle, *loc. cit.*, p. 45.

³⁰ Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 195 N° 7 et 8 ; Liechti, *loc. cit.*, p. 70 ; Cavin, *loc. cit.*, p. 68 ; Martin, *loc. cit.*, p. 31, qui regrette d'ailleurs la contradiction à laquelle on aboutit avec le cumul des dommages-intérêts positifs et de la résolution.

³¹ Giger, *loc. cit.*, Art. 195 N° 8 et 36 s.

³² Toutefois, en cas d'éviction partielle, lorsque la résolution se justifie, Giger, *loc. cit.*, Art. 196 N° 14, admet que dans le cadre de l'art. 195 al. 2 (réparation du dommage indirect), l'acheteur ne pourra réclamer que des dommages-intérêts négatifs, car la résolution n'a pas lieu *ipso jure*, mais est prononcée par le juge après l'exercice d'un libre droit d'option par l'acheteur.

dans laquelle se trouve un co-contractant d'un contrat résolu qui ne se déploie pas de force obligatoire ne lui permet pas de réclamer des dommages-intérêts positifs. L'inexécution des obligations du vendeur est sanctionnée par la résolution du contrat, mais les dommages-intérêts réclamés doivent être en conformité avec la situation juridique créée. L'art. 195 al. 2 CO ne vise ainsi qu'à la réparation de l'intérêt négatif.

Dans le cadre de l'intérêt négatif, l'acheteur pourra réclamer, sous l'art. 195 al. 2 CO, le *damnum emergens* qui n'a pas été pris en considération dans l'art. 195 al. 1 ch. 4, et le *lucrum cessans* sur d'autres affaires³³.

Le vendeur, pour pouvoir se soustraire à cette action en dommages-intérêts négatifs, doit prouver qu'il n'a commis aucune faute. A ce sujet, il y a lieu de ne pas confondre la faute du débiteur et l'inexécution de son obligation. Lors de la conclusion du contrat, le vendeur a pris l'engagement de transférer à l'acheteur la propriété d'une chose. Dans le cadre de l'éviction totale, le vendeur n'a pas tenu cet engagement, il n'a pas exécuté son obligation. Mais cette inexécution de l'obligation n'est pas une faute contractuelle³⁴.

Ainsi, si un vendeur non-propriétaire est de parfaite bonne foi, il n'a certes pas exécuté ses obligations contractuelles, mais on ne peut lui reprocher aucune faute. La faute peut être définie comme le manquement à la diligence due³⁵, c'est-à-dire l'abus manifeste ou l'emploi insuffisant des capacités intellectuelles lors de l'exécution d'une obligation contractuelle, réprouvée par l'ordre juridique parce qu'une personne raisonnable et réfléchie, en faisant preuve de la diligence requise, aurait pu prévoir et éviter le résultat dans les mêmes circonstances. Si le vendeur ne sait pas et ne devait pas savoir qu'il n'est pas le propriétaire de la chose vendue (il a acquis lui-même de bonne foi cette chose volée)³⁶, son comportement ne peut être qualifié de fautif. L'inexécution de son obligation contractuelle ne lui est pas imputable.

Si aucune faute ne peut être imputable au vendeur, on ne saurait fonder une responsabilité de ce dernier sur la base de l'art. 195 al. 2 CO en « remplaçant » la faute par l'engagement qu'a pris le vendeur de fournir la prestation promise et qu'il n'a pas pu tenir. Le recours à cette construction est pleinement justifié dans le cadre général de l'impossibilité initiale subjective l'exécution non fautive. Pour ce cas d'inexécution des obligations, il y a en effet manifestement lacune de la loi³⁷. Le problème

³³ La réparation du *lucrum cessans* sur la même affaire — élément de l'intérêt positif — n'intervient donc pas dans l'art. 195 CO. Sur des dommages-intérêts positifs dus à l'acheteur évincé et l'application de l'art. 97 al. 1 CO, voir *infra*, p. 215 ss.

³⁴ *Contra* : Martin, *loc. cit.*, p. 31.

³⁵ Engel, *loc. cit.*, p. 312.

³⁶ Il en est tout autrement si, en faisant preuve de la diligence requise, le vendeur aurait pu s'apercevoir que cette chose était volée. Il y aurait dans ce cas négligence de sa part et il ne pourrait se soustraire à la responsabilité prévue à l'art. 195 al. 2 CO.

³⁷ Sur le problème de l'impossibilité initiale subjective d'exécution non fautive, cf. *infra*, p. 215 ss.

est tout à fait différent en cas d'éviction totale où on ne peut arguer d'aucune lacune de la loi. Le législateur a voulu établir l'obligation pour le vendeur « de réparer tout autre préjudice subi par l'acheteur », uniquement si on peut lui imputer une faute. Ainsi, permettre à l'acheteur de réclamer, dans le cadre de l'art. 195 al. 2 CO, les pleins dommages-intérêts négatifs, sans faute du vendeur, serait manifestement contraire à la loi.

En conclusion, après la résolution du contrat, qu'elle soit présumée en cas d'éviction totale ou prononcée par le juge en cas d'éviction partielle, l'acheteur ne peut réclamer que des dommages-intérêts négatifs. Selon que le vendeur est ou non en faute, l'acheteur aura droit à la réparation de tout son intérêt négatif ou à la partie qui est en relation directe avec l'état de fait dommageable. Enfin, malgré la résolution du contrat, l'acheteur doit intenter son action en dommages-intérêts négatifs dans le délai d'une année, en application de l'art. 99 al. 3 CO et de l'art. 60 al. 1 CO³⁸.

³⁸ Spiro, *loc. cit.*, p. 688 ss. ; voir *supra*, p. 27 s.

CHAPITRE III

CONCOURS ENTRE L'ACTION EN GARANTIE EN CAS D'ÉVICTION ET D'AUTRES ACTIONS

A LES RÈGLES GÉNÉRALES SUR L'INEXÉCUTION DES OBLIGATIONS (art. 97 ss. CO)

1. *L'impossibilité initiale subjective et définitive d'exécution*

1. — La sanction de l'inexécution des obligations du vendeur

Nous avons vu que l'éviction constitue un cas d'impossibilité initiale subjective et définitive d'exécution, le vendeur ne pouvant transférer la propriété de la chose vendue à l'acheteur¹. Ce cas d'inexécution n'est pas sanctionné par la nullité du contrat, l'art. 20 CO ne concernant que l'impossibilité initiale objective d'exécution². En cas d'impossibilité initiale subjective et définitive d'exécution, le contrat conclu reste valable. Le vendeur engage sa responsabilité sur la base de l'art. 97 al. 1 CO ; il doit des dommages-intérêts pour inexécution (dommages-intérêts positifs) en cas de faute, c'est-à-dire s'il savait ou aurait dû savoir qu'il ne pourrait effectuer la prestation promise³. Cette disposition sanctionne en effet les cas d'impossibilité d'exécution fautive, qu'elle soit initiale ou subséquente.

L'opinion minoritaire de von Büren⁴ selon laquelle les règles sur la demeure s'appliquent à l'impossibilité initiale subjective d'exécution est

¹ Voir *supra*, p. 198 s.

² L'impossibilité est objective lorsque non seulement le débiteur, mais personne d'autre ne peut effectuer la prestation, ainsi si la chose vendue est détruite avant la conclusion du contrat.

³ Barth, *loc. cit.*, p. 17. ; Becker, *loc. cit.*, Art. 20 N° 2 et 97 N° 77 ; Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 20 N° 4 et 7 ; Guhl-Merz-Kummer, *loc. cit.*, Art. 20 N° 4 et 7 ; Guhl-Merz-Kummer, *loc. cit.*, p. 64 ; Engel, *loc. cit.*, p. 188 ; Schönle, *loc. cit.*, p. 468.

⁴ von Büren I, *loc. cit.*, p. 390.

à rejeter. En effet, les dispositions sur la demeure ne seraient envisageables qu'en cas d'impossibilité passagère d'exécution ; mais, le cas du vendeur non-propriétaire doit être assimilé à une impossibilité définitive d'exécution, le vendeur ne pouvant attendre que le tiers dispose de la chose en sa faveur.

Schönle, bien qu'admettant que l'incapacité subjective d'exécution constitue un cas de demeure du débiteur⁵, refuse de soumettre l'impossibilité initiale subjective d'exécution aux art. 102 ss. CO. A son avis, une application des art. 107-109 CO, et par conséquent la possibilité d'apporter la preuve libératoire quant à la faute selon les art. 107 al. 2 et 109 al. 2 CO « *se trouverait en contradiction, en cas d'éviction, avec la « garantie » prévue par les art. 192 ss. CO* » (titre marginal)⁶ et obligeant le vendeur à réparer le dommage direct.

Nous avons vu⁷ que la demeure du débiteur supposait l'exigibilité d'une obligation objectivement et subjectivement possible. Dès lors, l'impossibilité subjective et définitive d'exécution n'est pas un cas de demeure du débiteur et les art. 102 ss. CO ne saurait être appliqués à ce cas d'inexécution des obligations.

La classification des différents cas d'inexécution des obligations n'est pas toujours faite en doctrine avec toute la carté désirée⁸. On doit distinguer :

- (a) La demeure du débiteur qui, comme nous venons de le rappeler, suppose l'exigibilité de l'obligation du débiteur, c'est-à-dire la possibilité objective et subjective pour le vendeur d'effectuer sa prestation. L'incapacité subjective n'est, à notre sens, pas un cas de demeure, du moins lorsqu'elle débouche sur une impossibilité que l'on est en droit de considérer comme définitive.
- (b) L'impossibilité initiale objective et définitive d'exécution, sanctionnée par la nullité du contrat.
- (c) L'impossibilité subséquente d'exécution, intervenant après la conclusion du contrat (p. ex. l'objet vendu est détruit quelques minutes après la conclusion du contrat). Pour ce cas d'inexécution, il n'est pas nécessaire de rechercher si l'impossibilité est objective ou subjective⁹. Par contre, la faute du débiteur sera déterminante. En effet,

⁵ Schönle, *loc. cit.*, p. 469.

⁶ Schönle, *loc. cit.*, p. 470.

⁷ Voir *supra*, p. 61 s.

⁸ Ainsi, il ne nous semble pas exact d'admettre avec Cavin, *loc. cit.*, p. 21, que l'art. 119 CO embrasse l'impossibilité initiale objective ou bien que les règles sur la demeure sont applicables à l'impossibilité initiale subjective. De même, on ne saurait fonder une résolution du contrat sur l'art. 97 al. 1 CO, qui ne prévoit qu'une action en dommages-intérêts positifs ; *contra* : Cavin, *loc. cit.*, p. 64.

⁹ *Contra* : Schönle, *loc. cit.*, p. 469 et von Büren I, *loc. cit.*, p. 390 selon lesquels l'impossibilité subséquente objective est régie par l'art. 97 al. 1 ou l'art. 119 CO selon qu'il y ait ou non une faute du débiteur, alors que l'impossibilité subséquente subjective d'exécution est régie par les art. 102 ss. CO. Mais

si on peut reprocher une faute au débiteur, celui-ci répondra selon l'art. 97 al. 1 CO et devra verser des dommages-intérêts positifs à son créancier ; si tel n'est pas le cas, le débiteur sera libéré selon l'art. 119 al. 1 CO et ne devra rien verser à son créancier¹⁰.

- (d) L'impossibilité initiale subjective et définitive d'exécution sanctionnée par l'art. 97 al. 1 CO appliqué directement quand il y a faute du débiteur¹¹ et par analogie en cas d'impossibilité non fautive¹².

En résumé, en cas d'impossibilité initiale subjective et fautive d'exécution, l'acheteur (créancier) peut réclamer à son vendeur (débiteur) des dommages-intérêts pour inexécution sur la base de l'art. 97 al. 1 CO. S'il désire résoudre le contrat et demander des dommages-intérêts négatifs, il peut le faire sur la base des art. 107-109 CO appliqués par analogie à l'impossibilité fautive¹³. Ce droit de résolution est présumé dans le domaine de l'éviction totale, où en cas de faute du vendeur, ce dernier devra à l'acheteur, sur la base de l'art. 195 al. 2 CO, des pleins dommages-intérêts négatifs, correspondant à l'art. 109 al. 2 CO.

2. — La responsabilité causale du vendeur

Il peut fréquemment arriver que le vendeur non propriétaire soit de parfaite bonne foi, c'est-à-dire qu'il ne sait pas et ne doit pas savoir qu'il n'est pas le propriétaire de la chose vendue. Ainsi, un vendeur achète de bonne foi une voiture à un voleur, croyant sincèrement sur la base de pièces justificatives que cette personne est propriétaire du véhicule ; puis notre vendeur revend la voiture à un acheteur. Quelle est la situation juridique si le propriétaire de la voiture volée exerce son action en revendication contre l'acheteur (ou contre le vendeur), conformément à l'art. 934 al. 1 CCS ? Il s'agit d'un cas d'impossibilité initiale subjective d'exécution mais non fautive. Comment sanctionner un tel cas d'inexécution des obligations du vendeur ?

(a) *La situation en droit allemand*

Le problème de l'éviction se pose en termes particuliers en droit allemand. Le BGB précise aux §§ 433-438 le contenu de la « *Rechtsverschaffungspflicht* » du vendeur. Il s'agit notamment de l'obligation

dès lors, quelle serait, selon ces auteurs, la situation juridique en cas d'impossibilité initiale subjective, si les conditions de l'éviction ne sont pas réalisées (le tiers exerce son action en revendication contre le vendeur) ?

¹⁰ Si on ne peut également reprocher aucune faute au créancier (acheteur), celui-ci sera libéré de payer le prix (art. 119 al. 2 CO), exception faite si les risques sont passés au moment de la conclusion du contrat (art. 119 al. 3 et art. 185 CO).

¹¹ *Contra* : von Büren I, *loc. cit.*, p. 390, qui applique les règles sur la demeure.

¹² Sur l'impossibilité initiale subjective d'exécution non fautive, voir *infra*, p. 217 ss.

¹³ Voir *supra*, p. 98 s.

de transférer à l'acheteur la possession et la propriété de la chose (§ 329 BGB pour les choses mobilières, § 873 ss. BGB, § 925 BGB pour les immeubles, § 398 BGB pour les droits), de l'obligation de procurer la chose libre de tout droit que les tiers pourraient faire valoir contre l'acheteur (§ 434 BGB, consacrant le principe de l'éviction), de l'obligation de faire opérer la radiation des droits inscrits au Registre foncier (§ 435 BGB)... Lorsque les obligations prévues par ces dispositions ne sont pas remplies, le § 440 BGB prévoit que les droits de l'acheteur résultent des dispositions des §§ 320 à 327 BGB, qui sanctionnent l'inexécution des obligations pour les contrats synallagmatiques. Ainsi, toute violation à la « *Rechtsverschaffungspflicht* » du vendeur s'apprécie selon les dispositions générales sur l'inexécution des obligations et plus précisément selon les §§ 325 et 326 BGB régissant respectivement l'impossibilité d'exécution et la demeure.

Dès lors, dans le cadre du § 440 BGB, on doit distinguer plusieurs cas :

- aa) Le vendeur a livré à l'acheteur une chose dont il n'a pas la propriété, mais la parfaite exécution est encore possible, le propriétaire acceptant que le vendeur dispose de la chose (§ 185 BGB). Il s'agit d'une impossibilité passagère et l'acheteur bénéficie des droits que lui accordent les §§ 320-322 BGB (action en exécution et *exceptio non adimpleti contractus*)¹⁴.
- bb) Le vendeur ne peut transférer la possession et la propriété de la chose vendue, mais l'impossibilité d'exécution survient après la conclusion du contrat. Il s'agit alors d'un cas d'impossibilité subséquente objective ou subjective d'exécution. Les § 440 BGB renvoie aux §§ 323-325 BGB : selon le § 325 BGB, l'acheteur peut, si l'impossibilité est imputable au vendeur, réclamer soit des dommages-intérêts positifs, soit la résolution du contrat. Si l'impossibilité d'exécution est imputable à l'acheteur, le vendeur sera libéré de fournir sa prestation (§ 275 BGB), alors que l'acheteur devra payer le prix (§ 324 I BGB). Enfin, si l'impossibilité n'est imputable ni au vendeur, ni à l'acheteur, le premier sera libéré de son obligation (§ 275 BGB) et le second ne devra pas payer le prix (§§ 440 I, 323 I BGB), sauf si les risques sont passés à l'acheteur (§§ 446, 447 BGB)¹⁵.
- cc) Le vendeur n'exécute pas ses obligations alors qu'il a la possibilité de le faire. Il s'agit d'un cas de demeure du débiteur. Le § 440 I BGB renvoie aux §§ 326, 327 BGB et l'acheteur peut réclamer soit des dommages-intérêts pour inexécution, soit la

¹⁴ Fikentscher, *loc. cit.*, p. 372 ; Brox II, *loc. cit.*, Rdnr. 22.

¹⁵ Fikentscher, *loc. cit.*, p. 327 ; Brox II, *loc. cit.*, Rdnr. 25 ; Larenz II, *loc. cit.*, p. 28 s. ; en droit allemand, les risques passent au moment de la livraison de la chose.

résolution du contrat, s'il a imparti un délai raisonnable d'exécution à son vendeur ¹⁶.

dd) Le cas le plus fréquent est celui où le vendeur ne peut pas transmettre à l'acheteur la propriété de la chose vendue, car celle-ci ne lui appartient pas et on ne peut attendre aucune autorisation de disposition de la part du tiers (§ 185 BGB). Il s'agit alors d'une impossibilité initiale subjective et définitive d'exécution ¹⁷, qui n'est pas réglée par la loi ¹⁸. Le § 440 I ne renvoie pas directement aux §§ 323-325 BGB, car ces dispositions ne concernent que l'impossibilité subséquente d'exécution. La jurisprudence et la doctrine allemandes, qui parlent dans ce cas d'Unvermögen, ont examiné les différentes possibilités de combler cette lacune.

Dans un arrêt de 1908 ¹⁹, le Reichsgericht a obligé le vendeur à verser des dommages-intérêts pour inexécution, alors que celui-ci ne savait pas et ne devait pas savoir qu'il n'était pas le propriétaire de la marchandise vendue. Cette jurisprudence a été confirmée depuis ²⁰ et la doctrine dominante a suivi la solution du Reichsgericht ²¹. La doctrine et du jurisprudence allemandes font la même analyse : le contrat de vente n'est pas nul, mais valable, le § 306 BGB ne concernant que l'impossibilité initiale objective d'exécution ; dès lors, le débiteur, qui ne peut fournir sa prestation, doit des dommages-intérêts à son créancier.

La jurisprudence et la doctrine allemandes considèrent qu'en concluant le contrat, le débiteur assume une garantie de sa possibilité d'exécution. Il s'est engagé à fournir sa prestation (« *Übernahme einer Garantie für die Leistungsfähigkeit des Schuldners* ») ²². Selon cette garantie, le débiteur incapable de fournir sa prestation doit verser des dommages-intérêts à son créancier. Cette « *Garantiehaf-tung* » se fonde sur la sécurité juridique, la promesse du vendeur

¹⁶ Brox II, *loc. cit.*, Rndr. 24 ; Larenz II, *loc. cit.*, p. 28 ; Fikentscher, *loc. cit.*, p. 373.

¹⁷ En cas d'impossibilité initiale objective et définitive d'exécution, le contrat est nul (§ 306 BGB), sauf s'il s'agit de la vente d'une créance ou d'un droit (§ 437 I BGB).

¹⁸ Sur l'impossibilité initiale subjective non fautive en droit suisse, voir *infra*, p. 221 ss.

¹⁹ RGZ 69, 355, 357.

²⁰ RGZ 80, 247, 249 ; BGHZ 11, 16, 22 ; BGH, NJW 1972, 1702 ; BGH, MDR 1963, 404 ; BGH, WM 1972, 656 s. = DB 1972, 1336.

²¹ Erman-Battes, *loc. cit.*, § 306 N° 21 ; Palandt-Heinrichs, *loc. cit.*, § 306 N° 3 et § 275 N° 2 ; Soergel-Ballerstedt, *loc. cit.*, § 440 N° 1 ; Staudinger-Kaduk, *loc. cit.*, § 306 N° 3 et 4 ; Brox I, *loc. cit.*, Rndr. 243 s. ; Ennecerus-Lehmann, *loc. cit.*, p. 133 s. ; Fikentscher, *loc. cit.*, p. 195 s. ; Medicus, *loc. cit.*, p. 126 ; Larenz I, *loc. cit.*, p. 90 s. ; Oertmann Paul, Anfängliches Leistungsvermögen, in AcP 140 (1934) p. 129 ss., 147.

²² Schönle, *loc. cit.*, p. 471.

interprétée selon le principe de la confiance et sur la pesée des intérêts en présence.

Toutefois, à l'heure actuelle, tant la jurisprudence que la majorité des auteurs apportent certaines nuances et émettent certaines réserves sur cette construction, notamment quant à la notion même de « Garantiehaftung ». Les auteurs allemands dégagent ainsi l'idée d'une responsabilité causale limitée. La jurisprudence²³ tempère la responsabilité causale du vendeur en recourant à l'abus de droit. Dans la doctrine, certains auteurs préconisent d'apporter, dans certaines limites, une exception à la responsabilité causale du vendeur. Fikentscher²⁴ admet que s'il y a une « Garantieerklärung » du vendeur, on ne saurait par contre prendre en considération une « Garantiehaftung » ; dans le cadre de la responsabilité causale du débiteur pour impossibilité d'exécution, celui-ci n'engage pas sa responsabilité en cas de force majeure, contrairement à la « Garantiehaftung » où la force majeure n'empêche pas la responsabilité du vendeur. Fikentscher dégage ainsi l'idée d'une présomption simple de responsabilité causale du vendeur qui peut être réfutée en cas de force majeure.

De même, Ennecerus-Lehmann²⁵, Leonhard²⁶ et Oertmann²⁷ excluent toute responsabilité causale du vendeur en cas de force majeure. Dans le même sens, Larenz²⁸, Brox²⁹ et Erman-Battes³⁰ admettent que le débiteur échappera à toute responsabilité si son incapacité (Unvermögen) résulte de circonstances qui se situent hors de son pouvoir, hors de sa sphère d'influence, et particulièrement en cas de force majeure³¹. Ainsi, par exemple, on ne retiendra pas la responsabilité du débiteur si la chose est dérobée juste avant la conclusion du contrat dans un endroit où elle était en sécurité³².

Enfin, une minorité de la doctrine³³ refuse d'instaurer dans ce cadre une responsabilité causale du vendeur et estime que la faute doit être une condition à toute action en dommages-intérêts.

Ainsi, en droit allemand, la jurisprudence et la doctrine dominante retiennent une responsabilité causale du vendeur non propriétaire. La faute n'apparaît donc pas comme une condition de la mise en

²³ BGHZ 11, 16, 27 ; BGH, WM 1972, 659 = DB 1972, 1336 ; voir Schönle, *loc. cit.*, p. 472.

²⁴ Fikentscher, *loc. cit.*, p. 196.

²⁵ Ennecerus-Lehmann, *loc. cit.*, p. 133 s.

²⁶ Leonhard, *loc. cit.*, p. 325.

²⁷ Oertmann, *loc. cit.*, AcP 140 (1934) p. 147.

²⁸ Larenz I, *loc. cit.*, p. 91.

²⁹ Brox I, *loc. cit.*, Rdnr. 244.

³⁰ Erman-Battes, *loc. cit.*, § 306 N° 21.

³¹ Schönle, *loc. cit.*, p. 472.

³² Brox I, *loc. cit.*, Rdnr. 244 ; toutefois, Ennecerus-Lehmann, *loc. cit.*, p. 131 et Palandt-Heinrichs, *loc. cit.*, § 306 N° 3 admettent dans un pareil cas une impossibilité initiale objective d'exécution et partant la nullité du contrat.

³³ Emmerich, *loc. cit.*, p. 366 ss. ; Gudian, *loc. cit.*, NJW 1971, p. 1239 ss. ; Demmer, *loc. cit.*, p. 96 ss., 133 ss. ; Titze, *loc. cit.*, p. 58.

œuvre de la responsabilité du débiteur. En cas d'impossibilité initiale subjective d'exécution non fautive, l'acheteur a le choix entre les dommages-intérêts positifs et la résolution du contrat, en application des §§ 433 I, 440 I, 325 et 327 BGB.

Dans le cadre de l'impossibilité initiale subjective d'exécution, la loi allemande apporte toutefois une limitation à la responsabilité du vendeur. Cette limitation est sanctionnée par le § 440 II BGB qui traite de l'éviction (Entwehrung). Cette disposition prévoit que lorsqu'une chose mobilière a été vendue et livrée à l'acheteur dans le but de transférer la propriété, ce dernier ne peut réclamer des dommages-intérêts pour inexécution à raison du droit qu'a le tiers à la possession du bien que s'il a remis le bien au tiers³⁴. En d'autres termes, l'acheteur ne peut faire valoir une prétention en dommages-intérêts que s'il a été évincé. Cette logique limitation se base sur le fait qu'il serait inéquitable que l'acheteur puisse faire valoir une action en dommages-intérêts alors qu'il a encore la jouissance de la chose³⁵. Pour ce cas d'impossibilité, l'éviction est donc une condition nécessaire pour une action en dommages-intérêts. Le droit de résolution de l'acheteur subsiste malgré le silence du § 440 II BGB. Celui-ci doit en effet pouvoir se départir d'un contrat qui ne lui apportera jamais la propriété de la chose vendue³⁶. Ainsi, en cas d'éviction, l'acheteur a également le choix entre les dommages-intérêts positifs et la résolution du contrat même si on ne peut imputer aucune faute au vendeur.

(b) *La situation en droit suisse*

En Suisse, le problème n'a pas, à notre sens, été examiné avec tout l'acuité désirée. Le Tribunal fédéral³⁷ applique l'art. 97 al. 1 CO lorsque la faute du débiteur consiste à s'engager dans une affaire hasardeuse dont l'exécution se révèle impossible. Notre Cour suprême voit la faute du débiteur dans le fait que le vendeur n'a pas conclu le contrat sous condition suspensive, si au moment de la conclusion, il pouvait se rendre compte qu'il ne pourrait peut-être pas tenir ses engagements. Dans la fameuse affaire von Thurn et Taxis contre Intercommerce S.A.³⁸, les parties avaient conclu en 1954 une vente portant sur 600'000 paires de bas en provenance de la République Démocratique Allemande ; les cocontractants étaient conscients qu'il existait un risque élevé de voir l'affaire devenir irréalisable, faute

³⁴ Le § 440 II BGB assimile également à l'éviction le cas où l'acheteur a restitué la chose au vendeur et celui où le bien a péri. De même, la loi assimile à la remise de la chose au vendeur le cas où le tiers hérite de l'acheteur ou inversement (§ 440 III BGB). Voir Larenz II, *loc. cit.*, p. 30 s.

³⁵ Fikentscher, *loc. cit.*, p. 374 ; Larenz II, *loc. cit.*, p. 30.

³⁶ Selon Larenz II, *loc. cit.*, p. 30, l'acheteur peut faire valoir la résolution du contrat même s'il n'a pas restitué la chose au tiers propriétaire (ou au vendeur).

³⁷ ATF 88 (1962) II 195, 203 = JT 1963 I p. 187, 188 ; ATF 42 (1916) II 367 = JT 1917 I p. 162.

³⁸ ATF 88 (1962) II 195 = JT 1963 I p. 187 (rés.).

d'autorisations administratives nécessaires pour lesquelles ils ne remplissaient pas toutes les conditions requises. L'exécution s'étant révélée impossible, le Tribunal fédéral retint la responsabilité du vendeur sur la base de l'art. 97 al. 1 CO en considérant que « *lorsqu'une partie promet une prestation, en sachant qu'elle ne pourra peut-être pas la fournir, elle prend le risque à sa charge et répond de l'inexécution* »³⁹.

Dans la doctrine suisse, Barth⁴⁰ rejoint la solution du Tribunal fédéral en retenant une responsabilité du vendeur sur l'art. 97 al. 1 CO, la faute consistant dans la conclusion d'une affaire hasardeuse dont l'exécution se révèle impossible. Von Tuhr-Siegmart⁴¹, qui admettent que *le débiteur doit verser des dommages-intérêts positifs à son créancier, sans qu'il y ait lieu d'examiner si, au moment de la conclusion du contrat, il savait ou aurait dû savoir qu'il ne pourrait pas maintenir sa promesse*», dégagent une responsabilité causale du vendeur.

(c) Critiques

Tout d'abord, la solution dégagée par le Tribunal fédéral doit être nuancée. En effet, si le vendeur s'engage à fournir sa prestation en ayant des doutes sur sa capacité d'exécution, il commet par là une faute contractuelle caractérisée. L'application directe de l'art. 97 al. 1 CO s'impose à un tel cas d'inexécution. Mais comment raisonner si le vendeur ne savait pas et ne devait pas savoir qu'il n'était pas propriétaire de la chose vendue ? Quelle est la situation juridique si le vendeur ne pouvait pas se rendre compte qu'il ne pourrait pas tenir ses engagements ? Nous pouvons déduire de l'arrêt von Thurn et Taxis c. Intercommerce S.A. que le Tribunal fédéral appliquerait l'art. 119 CO à un tel état de faits et libérerait le vendeur de toute obligation, estimant que l'exécution devient impossible par suite de circonstances non imputables au vendeur⁴². Notre Cour suprême ne retient la responsabilité de ce dernier que s'il *promet une prestation en sachant qu'il ne pourra peut-être pas la fournir*⁴³. Ainsi, si le vendeur est de parfaite bonne foi sur sa qualité de propriétaire, le Tribunal fédéral le libérerait probablement de son obligation en vertu de l'art. 119 al. 1 CO.

Comment sanctionner l'impossibilité initiale subjective d'exécution non imputable au vendeur ? Nous avons vu que nous étions en présence d'une lacune de la loi, ce cas d'inexécution — mis à part le problème particulier de l'art. 195 CO — n'ayant pas été prévu par le législateur⁴⁴. L'art. 119 CO ne peut s'appliquer à un pareil cas

³⁹ Idem.

⁴⁰ Barth, *loc. cit.*, p. 17.

⁴¹ von Tuhr-Siegmart, *loc. cit.*, p. 245.

⁴² Voir ATF 88 (1962) II 195, 203 = JT 1963 I p. 187, 188.

⁴³ ATF 88 (1962) II 195, 203 = JT 1963 I p. 187, 188.

⁴⁴ Schönle, *loc. cit.*, p. 472.

d'inexécution des obligations. Cette disposition ne concerne que l'impossibilité subséquente non imputable au débiteur (p. ex. la voiture est détruite quelques minutes après la conclusion du contrat). Le législateur n'a prévu la libération du débiteur (vendeur) que si son incapacité d'exécution survient sans sa faute après la conclusion du contrat. Vouloir libérer le vendeur non propriétaire, qui est dans l'impossibilité initiale de fournir sa prestation selon l'art. 119 CO, serait manifestement contraire à la loi. De plus, une application même par analogie de l'art. 119 CO à un tel état de fait conduirait à des résultats pour le moins surprenants.

En effet, on doit en bonne logique en déduire que si le vendeur est libéré selon l'art. 119 al. 1 CO, l'acheteur doit néanmoins supporter le risque du prix selon les art. 119 al. 3 et 185 CO, les risques et profits passant à l'acheteur dès la conclusion du contrat. Ainsi, lorsque le vendeur non propriétaire ne peut transférer la propriété de la chose à l'acheteur, il serait libéré de son obligation alors que l'acheteur devrait payer le prix ⁴⁵ !

A notre avis, en cas d'impossibilité initiale subjective d'exécution non fautive, on doit retenir le principe d'une responsabilité causale du vendeur. Nous partageons tout à fait l'opinion de Schönle ⁴⁶ qui admet que *« si on interprète la promesse du vendeur selon le principe de la confiance, on doit raisonnablement en déduire que l'acheteur pouvait comprendre cette promesse dans le sens qu'en principe, l'acheteur avait examiné sa faculté d'effectuer la prestation avant de s'engager. En retenant le principe « pacta sunt servanda », l'acheteur peut comprendre que le vendeur garantit sa possibilité d'exécution, sans regard à sa faute. L'acheteur peut raisonnablement admettre que si le vendeur n'était pas certain de sa possibilité d'effectuer la prestation promise, il aurait conclu le contrat sous condition suspensive »*.

Ainsi, ce qu'on doit reprocher au vendeur, c'est de ne pas avoir conclu le contrat sous condition suspensive face à un acheteur qui pense que, puisque le vendeur a promis une prestation, c'est qu'il s'est au moins assuré qu'il serait en état de le faire. Dans ce cas, le vendeur doit à son acheteur des dommages-intérêts pour inexécution selon l'art. 97 al. 1 CO appliqué par analogie à l'impossibilité initiale subjective non fautive d'exécution. Il n'y a pas de faute du vendeur ; il y a un engagement sans réserve, pris par le vendeur, de fournir sa prestation et qui est interprété par l'acheteur dans le sens que le débiteur garantit ainsi sa possibilité d'exécution ⁴⁷.

Néanmoins, la responsabilité causale du vendeur ne doit pas être illimitée. Dans certains cas, on doit refuser de tenir le débiteur pour

⁴⁵ Schönle, *loc. cit.*, p. 469 refuse d'appliquer l'art. 119 CO à l'impossibilité initiale subjective d'exécution, cette disposition ne s'appliquant, selon cet auteur, qu'à l'impossibilité subséquente *objective* d'exécution.

⁴⁶ Schönle, *loc. cit.*, p. 472 s.

⁴⁷ Schönle, *loc. cit.*, p. 473.

responsable. Il en sera notamment ainsi quand les circonstances qui ont conduit à l'impossibilité d'exécution se situent hors de tout pouvoir, hors de toute sphère d'influence du vendeur (*Machtbereichs*)⁴⁸ p. ex. si la chose due est dérobée juste avant la conclusion du contrat dans un endroit où elle était en sécurité⁴⁹.

D'une manière générale, on ne retiendra pas la responsabilité du vendeur si les circonstances qui ont conduit à l'impossibilité résultent d'un cas de force majeure.

Enfin, à l'instar de la jurisprudence allemande⁵⁰, la responsabilité causale du vendeur devra être tempérée par le recours à l'abus de droit. Ainsi, il y aura toujours abus de droit à invoquer la responsabilité du débiteur, lorsque l'acheteur, en interprétant la promesse du vendeur, pouvait raisonnablement en déduire que celui-ci avait fait des réserves sur sa capacité de prêter.

En résumé, en cas d'impossibilité initiale subjective d'exécution, le vendeur engage sa responsabilité sur la base de l'art. 97 al. 1 CO, s'il savait ou aurait dû savoir qu'il n'était pas le propriétaire de la chose due (ainsi, s'il a des doutes sur sa qualité de propriétaire). Si on ne peut reprocher aucune faute au vendeur, celui-ci sera néanmoins tenu pour responsable sur la base de l'art. 97 al. 1 CO appliqué par analogie, en présence d'un engagement qu'il a formulé sans réserve et qu'il n'a pu tenir, sauf si les circonstances qui ont conduit à l'impossibilité se situent hors de sa sphère d'influence et notamment en cas de force majeure. Dans ce dernier cas, le vendeur n'engage pas sa responsabilité sur l'art. 97 al. 1 CO ; l'acheteur ne peut réclamer que la réparation du dommage direct de l'intérêt négatif, dans le cadre de l'art. 195 al. 1 ch. 4 CO, pour autant que les conditions de l'éviction soient réalisées. Enfin, si le vendeur a conclu le contrat sous condition suspensive ou si l'on peut déduire de sa promesse interprétée selon le principe de la confiance qu'il a fait des réserves sur sa qualité de propriétaire, le contrat ne déploie pas ses effets et l'acheteur ne peut bénéficier d'une action en dommages-intérêts ni sur l'art. 97 al. 1 CO, ni sur l'art. 195 CO⁵¹.

II. La présomption de résolution

L'art. 195 CO prévoit qu'en cas d'éviction totale, la vente est réputée résolue. Doit-on considérer cette présomption comme simple ou au contraire comme irréfragable ? En d'autres termes, l'acheteur ne peut-il que

⁴⁸ Schönle, *loc. cit.*, p. 472.

⁴⁹ Il en va de même si un marchand d'œuvres d'art achète à un amateur un tableau d'un peintre, sur lequel ce dernier est en train de travailler, et si le peintre meurt sans avoir achevé le tableau. Exemple donné par Fikentscher, *loc. cit.*, p. 195.

⁵¹ Schönle, *loc. cit.*, p. 473.

réclamer des dommages-intérêts négatifs à la suite d'une résolution ou bien peut-il — l'éviction constituant un cas d'impossibilité d'exécution — maintenir le contrat et réclamer des dommages-intérêts positifs sur la base de l'art. 97 al. 1 CO appliqué directement ou par analogie selon que l'impossibilité est fautive ou non ?

Selon une partie de la doctrine⁵², la présomption de résolution est irréfragable et l'acheteur ne peut en aucun cas maintenir le contrat et réclamer des dommages-intérêts pour inexécution selon l'art. 97 al. 1 CO. Lorsque les conditions de l'éviction sont réalisées, l'acheteur ne peut que réclamer des dommages-intérêts négatifs à la suite de la résolution présumée.

Selon une autre partie de la doctrine⁵³, la présomption de résolution de l'art. 195 CO est une présomption simple pouvant être réfutée. Il suffit que l'acheteur fasse une déclaration de volonté de maintien du contrat ou se comporte du moins comme tel. Le même état de fait réalisant à la fois les conditions de l'art. 195 CO et celles de l'art. 97 al. 1 CO, l'acheteur peut parfaitement réclamer des dommages-intérêts positifs, qui seront bien souvent supérieurs aux dommages-intérêts négatifs.

Comme l'admet Schönle⁵⁴, « *cette solution est conforme à la logique. En effet, en cas d'impossibilité initiale subjective d'exécution, l'acheteur a le choix entre le maintien du contrat et des dommages-intérêts positifs ou la résolution du contrat et des dommages-intérêts négatifs. Dès lors, il serait choquant que dans le domaine de l'éviction totale, qui est un cas d'impossibilité initiale subjective d'exécution, l'acheteur ne puisse que réclamer des dommages-intérêts négatifs à la suite de la résolution du contrat* ».

D'autre part, lorsque le tiers propriétaire exerce son action en revendication contre le vendeur et non contre l'acheteur, les conditions de l'éviction ne sont pas réalisées ; l'acheteur ne peut dès lors que réclamer des dommages-intérêts positifs sur la base de l'art. 97 al. 1 CO appliqué directement s'il y a faute du débiteur ou par analogie en cas d'impossibilité non fautive. Il est ainsi surprenant que l'acheteur ne puisse faire valoir qu'une action en dommages-intérêts négatifs dans un cas, et une action en dommages-intérêts positifs dans l'autre, selon que le tiers exerce son action en revendication contre l'acheteur ou le vendeur.

Cette interprétation correspond également à la loi qui accorde à l'acheteur, en cas d'éviction partielle (art. 196 al. 2 CO), le choix entre le maintien du contrat et des dommages-intérêts positifs et la résolution du contrat et des dommages-intérêts négatifs. Il semblerait dès lors contradictoire d'admettre un droit d'option de l'acheteur en cas d'éviction

⁵² Becker, *loc. cit.*, Art. 192 N° 2 ; Furrer, *loc. cit.*, p. 19 ; Keller, *loc. cit.*, p. 221 s. ; Giger, *loc. cit.*, Art. 195 N° 5.

⁵³ Oser-Schönenberger, *loc. cit.*, Art. 192 N° 1 ; Guhl-Merz-Kummer, *loc. cit.*, p. 328 ; Schönle, *loc. cit.*, p. 477.

⁵⁴ Schönle, *loc. cit.*, p. 477.

partielle et de limiter, en cas d'éviction totale, la prétention de l'acheteur aux seuls dommages-intérêts négatifs ⁵⁵.

En résumé, en cas d'impossibilité initiale subjective et plus précisément en cas d'éviction totale, l'acheteur a le choix entre le maintien du contrat et des dommages-intérêts positifs et la résolution du contrat et des dommages-intérêts négatifs. La présomption légale de résolution peut être ainsi réfutée. Elle l'est implicitement si l'acheteur réclame des dommages-intérêts pour inexécution ⁵⁶ dans le délai d'une année en application des art. 99 al. 3 et 60 al. 1 CO ⁵⁷.

On doit dès lors en déduire que la présomption n'a qu'une portée juridique limitée dans le droit de la garantie pour éviction, dans la mesure où l'on admet la courte prescription pour toute responsabilité contractuelle. En effet, même lorsque la résolution est présumée, l'acheteur doit néanmoins intenter son action en dommages-intérêts négatifs dans le délai d'une année selon les art. 99 al. 3 CO et 60 al. 1 CO dès l'éviction. Or, s'il désire des dommages-intérêts positifs, il doit également les réclamer dans le même délai. Peu importe dès lors la présomption de résolution, l'acheteur devant, sous peine d'être forclos, intenter son action en dommages-intérêts (positifs ou négatifs) dans le délai d'une année selon les art. 99 al. 3 et 60 al. 1 CO.

III. Conclusion

1.— Lorsque les conditions de l'éviction sont réalisées, c'est-à-dire lorsque le tiers exerce son action en revendication contre l'acheteur, la position de ce dernier est la suivante :

- (a) Dans l'hypothèse où le vendeur est fautif (il avait des doutes sur sa qualité de propriétaire), l'acheteur a le choix de réclamer dans le délai d'une année soit des pleins dommages-intérêts négatifs sur la base de l'art. 195 al. 2 CO à la suite de la résolution du contrat, soit des dommages-intérêts positifs sur la base de l'art. 97 al. 1 CO.
- (b) Si on ne peut reprocher aucune faute au vendeur, l'acheteur a le choix de réclamer, dans le délai d'une année en application des art. 99 al. 3 CO et 60 al. 1 CO, soit la partie des dommages-intérêts négatifs qui est en relation directe avec l'état de fait dommageable (art. 195 al. 1 ch. 4 CO) ⁵⁸, soit les pleins dommages-intérêts positifs sur la base de l'art. 97 al. 1 CO appliqué par analogie à l'impossibilité non fautive. Il apparaît dès lors évident que l'acheteur aura toujours intérêt à ne pas se mettre au bénéfice des dispositions sur l'éviction et à réfuter la présomption de résolution, l'art. 97 al. 1 CO

⁵⁵ Schönle, *idem*.

⁵⁶ Schönle, *loc. cit.*, p. 477.

⁵⁷ Spiro, *loc. cit.*, p. 688 ss. ; voir *supra*, p. 27 s.

⁵⁸ Voir *supra*, p. 211 s.

lui accordant l'entière réparation de son intérêt positif alors que l'art. 195 al. 1 ch. 4 CO limite sa prétention à une petite partie des dommages-intérêts négatifs. L'art. 195 al. 1 ch. 4 CO est ainsi destiné à devenir lettre morte.

2.— Si les conditions de l'éviction ne sont pas réalisées, c'est-à-dire si p. ex. le tiers exerce son action en revendication contre le vendeur et non contre l'acheteur, la situation de ce dernier, en cas d'impossibilité initiale subjective d'exécution, est la suivante :

- (a) Si le vendeur est en faute, l'acheteur a le choix entre le maintien du contrat et des dommages-intérêts positifs selon l'art. 97 al. 1 CO et la résolution du contrat et des dommages-intérêts négatifs en vertu des art. 107-109 CO appliqués par analogie à l'impossibilité fautive. La résolution n'est dans ce cas pas présumée. L'acheteur doit déclarer son choix dans le délai d'une année selon les art. 99 al. 3 et 60 al. 1 CO.
- (b) Si on ne peut imputer aucune faute au vendeur, l'acheteur peut toutefois réclamer des dommages-intérêts positifs sur la base de l'art. 97 al. 1 CO appliqué par analogie à l'impossibilité non fautive. Peut-il également résoudre le contrat et réclamer des dommages-intérêts négatifs ? Tant la loi et la jurisprudence sont muettes à ce sujet. A notre sens, l'acheteur peut résoudre le contrat en vertu de l'art. 107 al. 2 voie N° 3 CO appliqué par analogie à l'impossibilité d'exécution. Mais il ne pourra pas réclamer la réparation de son intérêt négatif sur la base de l'art. 109 al. 2 CO appliqué par analogie, cette disposition requérant expressément une faute au débiteur. On pourrait être dès lors tenté d'appliquer l'art. 195 al. 1 ch. 4 CO par analogie et de permettre à l'acheteur de résoudre le contrat et de réclamer la partie des dommages-intérêts négatifs apparaissant en relation directe avec l'état de faits dommageable. Cette solution est néanmoins purement dogmatique, les pleins dommages-intérêts positifs étant pratiquement toujours supérieurs à la petite partie des dommages-intérêts négatifs visés par l'art. 195 al. 1 ch. 4 CO⁵⁹.

⁵⁹ Les cas où le dommage direct de l'intérêt négatif est supérieur aux dommages-intérêts positifs sont extrêmement rares. Il en est toutefois ainsi lorsque les frais de conclusion du contrat (damnum emergens de l'intérêt négatif) sont supérieurs au gain manqué que subit l'acheteur, ainsi quand, pour des raisons sentimentales, il va conclure dans un pays lointain (frais de voyage) un contrat qui ne lui rapportera qu'un petit bénéfice.

B LES DISPOSITIONS SUR L'ERREUR

I. *L'erreur sur les motifs* ⁶⁰

Lorsqu'un vendeur non propriétaire contracte avec un acheteur, le même état de fait peut réaliser à la fois les conditions de l'éviction et celles de l'erreur essentielle. Ainsi, un vendeur vend une voiture dont il ne peut savoir qu'il n'est pas le propriétaire, le véhicule ayant été volé à un tiers qui exerce son action en revendication contre l'acheteur. Les conditions de l'éviction étant sans conteste réalisées, l'acheteur peut-il néanmoins faire valoir une invalidation du contrat pour erreur essentielle au sens de l'art. 31 al. 1 CO et en application des art. 23 CO et 24 al. 1 ch. 4 CO ?

L'acheteur est victime d'une erreur sur la qualité de propriétaire du vendeur. Il s'agit d'une erreur sur les motifs, le motif étant « *un fait dont la considération a déterminé une personne à conclure un contrat* » ⁶¹. En l'espèce, cette erreur sur la base nécessaire du contrat doit être considérée comme objectivement essentielle, car « *elle porte sur des faits qui constituent pour l'acheteur des éléments nécessaires du contrat et qui, selon la loyauté commerciale, pourraient être considérés par lui comme tels* » ⁶². Il ne fait en effet aucun doute qu'aucune personne ne contracterait un contrat de vente si elle sait que le vendeur ne pourra jamais lui transférer la propriété de la chose vendue.

Le problème est plus ambigu en droit allemand. Dans le cadre général du § 440 BGB qui sanctionne les cas de non-exécution des obligations des parties ⁶³, l'acheteur peut invalider le contrat pour erreur dans la déclaration au sens du § 119 I BGB ⁶⁴. Toutefois, toujours dans le cadre de cette disposition qui concerne non seulement le cas du vendeur non-propriétaire, mais aussi tous les cas d'inexécution — au sens strict — des obligations du vendeur (et de l'acheteur), l'acheteur ne peut invalider le contrat pour erreur sur les qualités essentielles au sens du § 119 II BGB, car seule la garantie doit être prise en considération ⁶⁵.

⁶⁰ Il n'y a aucun problème au sujet de l'erreur dans la déclaration, l'état de faits et le but des art. 192 ss. CO et des art. 23 ss. CO étant différents.

⁶¹ Jatón, *loc. cit.*, p. 12.

⁶² ATF 95 (1969) II 407 = JT 1970 I p. 325.

⁶³ C'est-à-dire lorsque le vendeur n'exécute pas ses obligations, et non lorsqu'il les exécute mal. L'exécution défectueuse est sanctionnée par les §§ 459 ss. BGB.

⁶⁴ Erman-Weitnauer, *loc. cit.*, § 440 N° 3 ; Palandt-Heinrichs, *loc. cit.*, §§ 440-441 N° 3 ; RG, JW 1909, 132 .

⁶⁵ Erman-Weitnauer, *loc. cit.*, § 440 N° 3 ; Palandt-Heinrichs, *loc. cit.*, §§ 440, 441 N° 1 ; *contra* : Staudinger, *loc. cit.*, § 440 N° 21, mais qui admet le peu d'intérêt de l'invalidation selon le § 119 II BGB.

II. Solution

1. — Invalidation du contrat par l'acheteur

Le problème du concours entre l'action en garantie en cas d'éviction et les actions fondées sur l'erreur n'a suscité que peu de développements en doctrine suisse, les auteurs s'étant essentiellement concentrés sur la question du concours entre les art. 197 ss. CO et les art. 23 ss. CO.

A ce sujet, il convient de rappeler⁶⁶ que, selon une partie de la doctrine, les dispositions sur la garantie en raison des défauts de la chose vendue constituent des *leges speciales* par rapport aux règles sur l'erreur. Ces auteurs raisonnaient sans doute de même au sujet du concours entre les art. 192 ss. CO et les art. 23 ss. CO, les premières dispositions consacrant, tout comme les art. 197 ss. CO, une sanction de l'inexécution des obligations du vendeur.

Le rapport de *lex specialis* à *lex generalis* doit être critiqué. En accord avec le *Bezirksgericht Affoltern am Albis*⁶⁷, on doit admettre que les dispositions sur l'erreur concernent la formation du contrat alors que les règles sur l'éviction se réfèrent à l'exécution du contrat. Dès lors, les secondes ne peuvent être des *leges speciales* par rapport aux premières.

Enfin, un autre argument avancé par les adversaires du concours alternatif réside dans le fait que l'application des règles sur l'erreur essentielle permet de mettre à l'écart les dispositions strictes sur la garantie en raison des défauts de la chose vendue (art. 201, 210 CO) qui ont pour but de protéger le vendeur. Toutefois, cet argument, si sérieux soit-il dans le domaine de l'exécution défectueuse, n'a aucune valeur quant au problème qui nous préoccupe, les art. 201 et 210 CO n'étant pas applicables à l'éviction.

En conclusion, en cas d'éviction totale, l'acheteur lésé peut faire valoir les moyens de droit suivants : il a la possibilité de réclamer des dommages-intérêts négatifs — l'intégralité ou une partie selon la faute du vendeur — après la résolution présumée du contrat en application des art. 195 al. 1 ch. 4 CO ou 195 al. 2 CO. En faisant une déclaration de maintien du contrat ou en se comportant de façon à ce que la présomption légale de l'art. 195 CO soit renversée, l'acheteur peut réclamer des

⁶⁶ Voir *supra*, p. 180 ss.

⁶⁷ SJZ 68 (1972) p. 358 N° 211. Le Tribunal fédéral ne s'est jamais prononcé sur le concours entre les art. 23 ss. CO et les art. 192 ss. CO. Il a seulement admis le concours alternatif entre les actions *édiliciennes* et les actions fondées sur l'erreur en se basant, d'ailleurs dans un arrêt récent et à la suite d'Oftinger Karl, Jurisprudence du Tribunal fédéral sur la partie générale du Code des Obligations, traduction de Jeanprêtre Raymond, Zurich 1970, p. 67, sur un droit coutumier (ATF 98 (1972) II 20 = JT 1972 I p. 547) ; le *Bezirksgericht Affoltern am Albis* retient que le principe du concours alternatif tel qu'il est admis par le Tribunal fédéral entre les art. 197 ss. CO et les art. 23 ss. CO, doit également être appliqué dans le domaine de l'éviction. Voir SJZ 68 (1972) p. 358.

dommages-intérêts pour inexécution selon l'art. 97 al. 1 CO appliqué directement ou par analogie selon qu'il y a ou non faute du vendeur. Enfin, l'acheteur, dans le cadre de l'art. 31 al. 1 CO, peut invalider le contrat pour erreur essentielle au sens des art. 23 CO et 24 al. 1 ch. 4 CO ; le vendeur devra alors restituer le prix de vente à l'acheteur (art. 62 al. 1, al. 2 1^{re} hypothèse CO) et lui verser des dommages-intérêts négatifs si on peut lui reprocher une culpa in contrahendo ⁶⁸.

2. — Invalidation du contrat par le vendeur ?

Le vendeur non-propriétaire de bonne foi, qui se trouve sans sa faute en erreur sur sa capacité de prestation, peut-il invalider le contrat pour erreur essentielle au sens de l'art. 31 al. 1 CO et en application des art. 23 et 24 al. 1 ch. 4 CO ? L'invalidation du contrat par le vendeur lui permettrait alors de se soustraire à sa responsabilité causale fondée soit sur l'art. 195 al. 1 ch. 4 CO — et obligeant le vendeur à réparer, en cas de résolution, la partie de l'intérêt négatif correspondant au dommage direct — soit sur l'art. 97 al. 1 CO appliqué par analogie à l'impossibilité initiale subjective non fautive d'exécution — et obligeant le vendeur, en cas de maintien du contrat, à réparer l'intérêt positif.

Il est clair que l'invalidation du contrat par le vendeur n'est pas possible si l'on admet que les art. 192 ss. CO sont des dispositions spéciales par rapport aux art. 23 ss. CO — auquel cas personne ne peut invalider le contrat — ou bien si l'on retient que l'art. 195 CO institue une présomption légale irréfragable de résolution. Mais, nous avons vu que l'acheteur avait également la faculté, quand les conditions de l'éviction totale étaient réalisées, soit d'invalider le contrat pour erreur essentielle, soit de maintenir le contrat et de réclamer des dommages-intérêts positifs ⁶⁹.

En droit allemand, la doctrine a examiné le problème de l'invalidation du contrat par le vendeur dans la garantie en raison des défauts de la chose vendue — les propriétés de la chose constituant une qualité essentielle selon le § 119 II BGB — au cas où le vendeur ne connaissait pas le défaut. Dans son ensemble, la doctrine allemande ⁷⁰ soutient que le

⁶⁸ Voir Schönle, *loc. cit.*, p. 476. De même, si les conditions de l'éviction totale ne sont pas réalisées — le tiers exerçant son action en revendication contre le vendeur —, l'acheteur a également le choix entre le maintien du contrat et des dommages-intérêts positifs sur la base de l'art. 97 al. 1 CO et l'invalidation du contrat (art. 31 al. 1 CO, art. 23, art. 24 al. 1 ch. 4 CO) et des dommages-intérêts négatifs si on peut imputer une culpa in contrahendo au vendeur. Voir ainsi Cavin, *loc. cit.*, p. 64, qui permet à l'acheteur d'invalider le contrat pour erreur essentielle si les conditions de l'éviction ne sont pas réalisées.

Sur la faculté de l'acheteur de résoudre dans ce cas le contrat et de réclamer des dommages-intérêts négatifs, voir *supra*, p. 227.

⁶⁹ Voir *supra*, p. 226 s.

⁷⁰ Erman-Weitnauer, *loc. cit.*, Vor § 459 N° 31 ; Flume Werner, *Eigenschafts irrtum und Kauf*, Münster 1948, p. 146 ss. ; Larenz II, *loc. cit.*, p. 62 ; Feldmann, *loc. cit.*, p. 46 ss. ; seuls Ennecerus-Lehmann, *loc. cit.*, p. 457, admettent (d'ailleurs sans le motiver) que le vendeur peut invalider le contrat ; ils citent également le RGRKomm I § 459, 9^e éd., mais solution expressément abandonnée par la 10^e éd., § 459 Amn. 36.

vendeur, qui ne connaît pas les défauts de la chose vendue, ne peut invalider le contrat, car, ce faisant, il se soustrairait à sa responsabilité pour garantie.

Un tel raisonnement doit également être défendu en droit suisse, en cas de bonne foi du vendeur non-propriétaire. On doit refuser au vendeur non-propriétaire qui se trouve sans sa faute dans l'incapacité de fournir sa prestation le droit d'invalider le contrat, et ceci pour plusieurs raisons :

— Tout d'abord, dans l'hypothèse où le vendeur se trompe sur sa qualité de propriétaire, cette erreur n'est pas reconnaissable pour l'acheteur⁷¹. On doit admettre que celui-ci « *ne peut pas et ne doit pas pouvoir reconnaître que cette circonstance était subjectivement déterminante pour le vendeur, étant entendu qu'un vendeur non-propriétaire peut valablement s'obliger à transférer la propriété de la chose vendue* »⁷².

— Ensuite, le recours à l'erreur serait inadmissible parce que contraire aux règles de la bonne foi au sens de l'art. 25 al. 1 CO. En effet, comme l'admet Schönle⁷³, « *la volonté du possesseur et propriétaire original qui a été dessaisi de la chose sans sa volonté (art. 934 al. 1 CCS) n'est pas connue et ne doit pas être connue de l'acheteur. Il serait dès lors contraire aux règles de la bonne foi que le vendeur puisse opposer à l'acheteur une hypothétique volonté du véritable propriétaire uniquement en vue d'invalider le contrat et de se soustraire à sa responsabilité* ».

— Enfin, l'acceptation de l'invalidation du contrat selon les art. 23 et 24 al. 1 ch. 4 CO rendrait tout à fait illusoires les règles sur la garantie dont le but est la responsabilité du vendeur pour un état de fait déterminé. L'intérêt de la sécurité des rapports juridiques commande que soit exclue l'invalidation du contrat par le vendeur non-propriétaire se trouvant sans sa faute dans l'incapacité de fournir sa prestation⁷⁴.

⁷¹ Schönle, *loc. cit.*, p. 475, note 27. L'erreur sur les motifs doit être reconnaissable pour le co-contractant, le principe de la confiance s'appliquant également à l'erreur (à l'exception toutefois de l'erreur dans la déclaration) ; voir Engel, *loc. cit.*, p. 219 ; Cuenod, *loc. cit.*, p. 106 ; *contra* : Simonius August, Du principe de la confiance et des dérogations qu'il subit en droit suisse, in SemJud 71 (1949) p. 505, 516, 519). Voir Patry Robert, Le principe de la confiance et de la formation du contrat en droit suisse, thèse Genève 1953, p. 252 ; Meier-Hayoz, Arthur, Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss, ein Beitrag zur Lehre von der Auslegung und den Mängeln des Vertragsabschlusses beim Schuldvertrag, thèse Zurich 1948, p. 184 ; Goltz, *loc. cit.*, p. 56.

⁷² Schönle, *loc. cit.*, p. 475 note 27 ; Goltz, *loc. cit.*, p. 66.

⁷³ Schönle, *loc. cit.*, p. 475 note 27.

⁷⁴ Feldmann, *loc. cit.*, p. 48 s.

CONCLUSION

La résolution du contrat, comme sanction d'une inexécution des obligations découlant du contrat de vente, mériterait quelques éclaircissements. Lorsque nous passons en revue les différents cas d'inexécution des obligations, nous constatons que chaque cas peut être sanctionné par une résolution du contrat, dans la mesure bien évidemment où celui-ci est valablement conclu¹.

Ainsi, concernant l'impossibilité d'exécuter les obligations du vendeur, le droit de résolution peut être exercé lorsque l'impossibilité d'exécution est initiale, subjective et fautive (art. 107-109 CO appliqués par analogie), lorsqu'elle est initiale subjective et non fautive (art. 195 CO, appliqué directement ou par analogie si les conditions de l'éviction ne sont pas réunies), et enfin lorsqu'elle est subséquente et fautive (art. 107-109 CO appliqués par analogie).

En cas de demeure du débiteur, la résolution peut être déclarée si le vendeur est en demeure (art. 107 al. 2 CO) ou si l'acheteur est en demeure (art. 214 CO).

Enfin, en cas d'exécution imparfaite au sens étroit, la résolution peut être déclarée par le créancier pour mauvaise exécution ou pour violation positive du contrat (art. 107-109 CO appliqués par analogie) ou prononcée par le juge en cas d'exécution défectueuse.

Le législateur suisse n'a pas consacré le droit de résolution du contrat au rang de principe général du droit des obligations en vertu duquel une partie peut se départir du contrat lorsque son co-contractant n'exécute pas ou exécute mal ses obligations. Schwarz² admet que « *dans tous les cas où une partie agit contrairement au contrat et lorsque l'autre partie n'a plus aucun intérêt à le maintenir, il a le droit de le résilier ou de le résoudre* ». A notre sens, il n'est pas nécessaire d'ériger le droit de résolution au rang de principe général sanctionnant toute inexécution des obligations contractuelles. En effet, aux vues de ce qui précède, il apparaît que le droit de résolution peut sanctionner tous les cas d'inexécution des obligations conventionnelles.

Etablir la résolution du contrat en tant que principe général apparaîtrait comme dangereux, celle-ci devant rester l'ultima ratio en cas d'inexécution des obligations. Les contrats sont en effet conclus pour être exé-

¹ Ainsi, en cas d'impossibilité initiale objective d'exécution, le contrat est nul de plein droit.

² Schwarz, *loc. cit.*, p. 786.

cutés, et il serait malsain de pouvoir s'en départir au moindre « accroc » intervenant entre les parties.

Pour conclure, nous nous bornerons à faire trois remarques :

- Tout d'abord, au sujet de la demeure du débiteur, les dispositions du droit de la vente sont le fruit d'une incohérence législative. Il conviendrait que le législateur harmonise ces différentes bases légales qui font le désespoir des praticiens.

- Ensuite, les règles sur la garantie en raison des défauts de la chose vendue ne répondent plus aux besoins accrus d'une société de consommation et l'interprétation dogmatique de ces dispositions ne peut que conduire à des inéquités. Nous ne pouvons que nous ranger aux côtés de ceux qui préconisent l'élaboration d'une loi spéciale instituant une responsabilité du fabricant. C'est le prix de la protection du consommateur et d'une juste répartition des risques.

- Enfin, la responsabilité causale du vendeur en cas d'éviction doit être harmonisée avec l'ensemble des règles sur l'inexécution des obligations. De plus, comme le propose Schönle³, « *la garantie en cas d'éviction devrait être complétée par une règle régissant de manière générale l'impossibilité initiale subjective d'un débiteur qui promet implicitement sa capacité de prestation et qui ne peut tenir son engagement inconditionnel* ».

³ Schönle, *loc. cit.*, p. 489.

BIBLIOGRAPHIE

- AMAUDRUZ (Michel) : La garantie de défauts de la chose vendue et la non-confirmité de la chose vendue dans la loi uniforme sur la vente internationale d'objets mobiliers corporels, Thèse Lausanne 1968.
- BALDI (Peter) : Über die Gewährleistungspflicht des Verkäufers von Aktien, Thèse Zurich 1975, ZBR N° 468.
- BARTH (Hans Rudolf) : Schadenersatz bei nachträglicher Unmöglichkeit der Erfüllung unter dem Gesamtaspekt des Schadenersatzes infolge Vertragsverletzung, Thèse Zurich 1957.
- BÄR (Roger) : Das Fixgeschäft, Thèse Zurich 1956.
- BAUR (Kurt) : Minderung und Wandelung beim Kauf nach schweizerischem Obligationenrecht, Thèse Hambourg 1928.
- BECKER (Hermann) : Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Band VI : Obligationenrecht, 1. Abteilung : Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183, 2. Aufl., Berne 1941 ; 2. Abteilung : Art. 184-551, 1. Aufl., Berne 1934.
- BLASS (Rob) : Zum Wahlrecht nach OR 107, SJZ 14 (1917/18) p. 81 ss.
- BLOCH (Konrad) : Zur Frage der Schlechtlieferung und Falschliefierung beim Kauf, SJZ 53 (1957) p. 209 ss.
- BOSSHARDT (Oskar) : Der Schadenersatz beim Rücktritt vom Vertrag (OR 107-109), SJZ 35 (1933) p. 81 ss.
- BOVAY (Henry) : Essence de la demeure, Recueil de Travaux publiés par la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, Lausanne 1934, p. 163 ss.
- BROX (Hans) : Allgemeines Schuldrecht, 6. Aufl. Munich 1977 ; Besonderes Schuldrecht, 5. Aufl., Munich 1977.
- BUCHER (Eugen) : Der benachteiligte Käufer, Kritische Bemerkungen zu zwei Besonderheiten des schweizerischen Kaufrechts, Prüfungs- und Rügepflicht (OR 201), Kostenfolgen bei Erkennung auf Preisminderung statt auf Wandelung gemäss OR 205/II, SJZ 67 (1971) p. 1-6, 17 ss.
- BÜCHLI (Karl) : Die Gewährleistungspflicht bei der Verteilung eines gemeinschaftlichen Vermögens, Thèse Fribourg 1943.
- BÜREN (Bruno von) : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zurich 1964 ; Besonderer Teil, Zurich 1972.
- BURLET (Franz) : Die Sachmängelwahrleistung und ihrer Verhältnis zu den Bestimmungen über Nichterfüllung und Irrtum, Thèse Zurich 1949.
- CAPITANT (Henri) : De la cause des obligations, 2° éd., Paris 1924.
- CASSIN (René) : La résolution judiciaire des contrats pour inexécution, Journées de droit civil en hommage à Henri Capitant, Mons, 10-11 juin 1938, Paris 1939.
- CAVIN (Pierre) : Considérations sur l'action en garantie des défauts de la chose vendue, SemJud 91 (1969) p. 329 ss. (cité : Cavin, Considérations...).

- Schweizerisches Privatrecht, Band VII : Obligationenrecht, Besondere Vertragsverhältnisse, 1. Halbband, p. 1-198 : Kauf, Tausch, Schenkung, Bâle 1977 (cité : Cavin).
- COMMENT (Albert) : De la demeure du débiteur dans les contrats bilatéraux, art. 107-109 CO, Thèse Berne 1924.
- CONSTANTINESCO (Léontin-Jean) : La résolution des contrats synallagmatiques en droit allemand, Thèse Paris 1940.
- CUENDET (Jean) : La faute contractuelle et ses effets, ASR N° 398, 2^e éd., Berne 1970.
- CUENOD (Bernard) : Délimitation du domaine de l'erreur dans les contrats en droit suisse des obligations, Thèse Lausanne 1941.
- DEMME (Walter) : Die Haftung des Schuldners für sein ursprüngliches Unvermögen zur Leistung nach gemeinem Recht, in der Entstehungsgeschichte des BGB und nach geltendem Recht, Thèse Cologne 1974.
- DESCHENAUX (Henri) : Le titre préliminaire du Code civil, Traité de droit privé suisse, II/, Fribourg 1969.
- DESCURTINS (Carl) : Die Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit im System der Vertragsverletzung des schweizerischen Obligationenrechts, Thèse Berne 1956.
- DROIN (Marc) : L'intérêt négatif au contrat en droit suisse (Prix Etienne Gide), Genève 1928.
- EMMERICH (Volker) : Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts, Karlsruhe 1974.
- ENGEL (Pierre) : Traité des obligations en droit suisse, Neuchâtel 1973.
- ENNECCERUS, LEHMANN (Heinrich) : Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl., Tübingen 1958.
- ERMAN (Walter), BATTES (Robert) : Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Aufl., 1. Band, Münster 1975.
- ERMAN (Walter), WEITNAUER (Hermann) : Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Aufl., 1. Band, Münster 1975.
- ESSER (Josef) : Schuldrecht, Band I : Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Karlsruhe 1970 ; Band II : Besonderer Teil, 4. Aufl., Karlsruhe 1971.
- EVANS - von KRBEK (Franziska-Sophie) : Gleichstellung des anfänglichen Schuldnervermögens mit dem nachträglichen, AcP 177 (1977) p. 35 ss.
- FELDMANN (Wilhelm) : Kann der Verkäufer den Kaufvertrag wegen Irrtums anfechten ?, Thèse Jena 1937.
- FIKENTSCHER (Wolfgang) : Schuldrecht, 6. Aufl., Berlin 1976.
- FURRER (Rolf) : Beitrag zur Lehre der Gewährleistung im Vertragsrecht, Thèse Zurich 1973.
- GAUCH (Peter), SCHLUEP (Walter), TERCIER (Pierre) : Partie générale du droit des obligations, Editions Schulthess Zurich, tome I : 1978 ; tome II : 1979.
- GIGER (Hans) : Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI : Obligationenrecht, 2. Abteilung : Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband : Kauf, Tausch, Schenkung, Lieferung 1 : Art. 184-188 OR, Berne 1973 ; Lieferung 2 : Art. 189-210 OR, Berne 1977 ; Lieferung 3 : Art. 211-215 OR, Berne 1979.
- GÖSCHKE (R.) : Über Art. 107 bis 109 OR, ZBJV 60 (1923) p. 14 ss., 68 ss.

- GOLTZ (Hanno) : Motivirrtum und Geschäftsgrundlage im Schuldvertrag, Thèse Lausanne 1973.
- GUDIAN (Gunther) : Die Haftung für anfängliches Unvermögens, in NJW 1971, p. 1239 ss.
- GUGGENHEIM (Daniel) : L'invalidité des actes juridiques en droit comparé, Thèse Genève 1970.
- GUHL (Theo) : Rücktritt vom Vertrag und Schadensersatz wegen Nichterfüllung beim Verzug des Schuldners nach schw. OR, in Festgabe für Carl Wieland (Beiträge zum Handelsrecht) 1934, p. 134 ss. (cité : Guhl, Rücktritt...).
- GUHL (Theo), MERZ (Hans), KUMMER (Max) : Das schweizerische Obligationenrecht, 6. Aufl., Zurich 1972.
- HABSCHEID (Walther J.) : Droit judiciaire privé suisse, Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève N° 48, Genève 1975.
- HEIM (Jean-François) : La réparation de la chose défectueuse dans la vente au détail, Thèse Lausanne 1972.
- HENRICI (Ernst) : Über den Irrtum beim Vertragsabschluss im schweizerischen Obligationenrecht, Thèse Zurich 1914.
- HONEGGER (Eduard) : Über das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen nach schweizerischem Obligationenrecht, Thèse Zurich 1926.
- L'HUILLIER (Laurent) : La notion de droit formateur en droit privé suisse, Thèse Genève 1947.
- JAEGGER (Theodor) : Die Haftung des Verkäufers für die Mängel der Fahrniskaufsache nach schweizerischem Obligationenrecht, Thèse Zurich 1911.
- JAEGGI (Peter) : Die Zusicherung von Eigenschaften der Kaufsache, Privatrecht und Staat, Zürich 1976, p. 186 ss.
- JATON (Roland) : L'art. 24 ch. 4 CO — Contribution à l'étude de l'erreur dans le droit positif suisse, Thèse Lausanne 1938.
- JOST (Arthur) : Vom Anwendungsbereich des Art. 107 OR, SJZ OR, SJZ 45 (1949) p. 235 s.
- KASER (Max) : Römisches Privatrecht, Aufl. München 1976.
- KATZ (Hans-Peter) : Sachmängel beim Kauf von Kunstgegenständen und Antiquitäten, Thèse Zurich 1973, ZBR N° 440.
- KELLER (Alfred) : Haftpflicht im Privatrecht, 2^e éd., Berne 1970 (cité : Keller, Haftpflicht...).
- KEPPLER (Wilhelm) : Das kaufmännische Fixgeschäft nach Gesetzbuch und Gerichtspraxis in der Schweiz, Thèse Berne 1949.
- KOMMENTAR zum Bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, Recht des Schuldverhältnisse, 12. Aufl., 1975/1976 (cité : RGZ Komm.).
- LARENZ (Karl) : Schuldrecht, Band I : Allgemeiner Teil, 11. Aufl., München 1976 ; Band II : Besonderer Teil, 10. Aufl., München 1972.
- LEMP (Paul) : Schadensersatz wegen Nichterfüllung als Folge des Schuldnerverzugs, Thèse Berne 1939.
- LEONHARD (Franz) : Allgemeines Schuldrecht des BGB, München 1929.
- LESER (Hans G.) : Der Rücktritt vom Vertrag, Abwicklungsverhältnis und Gestaltungsbefugnisse bei Leistungsstörungen, Tübingen 1975.

- LIECHTI (Carl) : Rechtsgewährleistung und Entwehrung im schweizerischen Obligationenrecht, Thèse Berne 1927.
- LIRON (Robert) : Essai sur la nature de la demeure du créancier d'après le droit suisse, Thèse Lausanne 1953.
- Lüthi (Rolf) : Die Rechtsnatur und Stellung der Sachgewährleistungspflicht beim Spezia Kauf im System des schweizerischen Obligationenrechtes, Thèse Berne 1955.
- MAGNIN (Louis) : Concurrence de l'action en garantie (art. 197 CO) avec l'action en nullité pour cause d'erreur (art. 24 al. 1 ch. 4 CO), Thèse Fribourg 1932.
- MARTIN (Alfred) : Le Code des obligations, des contrats de droit civil, Genève 1922 (cité : Martin).
- Les dommages-intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation, ZSR 33 (1914) p. 67 ss. (cité : Martin, ZSR...).
- MARTY (Gabriel), RAYNAUD (Pierre) : Droit civil, tome II, Les obligations, Paris 1962.
- MAZEAUD (Henri, Léon et Jean) : Leçons de droit civil, t. III, 3^e éd., par M. de Juglart, 2^e vol., Paris 1968.
- MEDICUS (Dieter) : Bürgerliches Recht, 7. Aufl. 1975.
- MEIER-HAYOZ (Arthur) : Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV : Sachenrecht, 1. Abt. : Das Eigentum, 1. Teilband : Art. 641-654 ZGB, 4. Aufl., Berne 1966.
- MENGHINI (Elvezio) : Die Zusicherung von Eigenschaften nach Art. 197 des schweizerischen Obligationenrechtes, Thèse Fribourg 1949.
- MERZ (Hans) : Sachgewährleistung und Irrtumsanfechtung, Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Theo Gühl, Zurich 1950, p. 87 ss.
- NEUENSCHWANDER (Markus) : Die Schlechterfüllung, Thèse Berne 1971, ASR N° 405.
- OLS (Herbert) : Die Sachmängelhaftung beim Fahrniskauf nach deutschem und schweizerischem Recht, Thèse Erlangen 1931.
- OERTMANN (Paul) : Anfängliches Leistungsvermögen, in AcP — Archiv für die zivilistische Praxis — 140 (1934) p. 129 ss.
- OFTINGER (Karl) : Schweizerisches Haftpflichtrecht, t. I : Allgemeiner Teil, 4^e éd., Zurich 1975.
- OSER (Hugo), SCHÖNENBERGER (Wilhelm) : Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V : Das Obligationenrecht, 1. Teil (art. 1-183), 2. Aufl., Zurich 1929 ; 2. Teil (art. 184-418), 2. Aufl., Zurich 1936.
- PALANDT (Otto), HEINRICHS (Helmut) : Bürgerliches Gesetzbuch, 36. Aufl., 1977.
- PETITPIERRE (Gilles) : La responsabilité du fait des produits, Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève N° 42, Genève 1974 (cité : Petitpierre).
- L'acheteur-revendeur et la responsabilité de l'art. 208 al. 2 du Code des obligations, Mélanges Henri Deschenaux, Fribourg 1977, p. 329 ss. (cité : Petitpierre, Mélanges Deschenaux...).
- PIOTET (Paul) : Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit privé suisse, Berne 1963.
- PLANIOL (Marcel), RIPERT (Georges) : Traité pratique de droit civil français, tome X, Contrats civils avec J. Hamel, F. Givord et A. Tunc, 2^e éd., Paris 1956.

- PLANIOL (Marcel), RIPERT (Georges), BOULANGER (Jean) : *Traité de droit civil*, tome II, Paris 1957.
- POSTACIOGLU (Ilhan E.) : Sanctions attachées à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil, Rapport général, Travaux de l'Association Henri Capitant, vol. XVII (1964), Paris 1968, p. 7 ss.
- RADOUANT (Jean) : Les dommages-intérêts dus par le vendeur dans la garantie des vices cachés de la chose en droit français, Mélanges Roger Secrétan, Montreux 1964.
- ROPKE (Kurt) : Die Haftung für Sachmängel beim Kauf im französischen, italienischen und schweizerischen Recht, verglichen mit dem deutschen Recht, Thèse Halle 1934.
- SCHERRER (Carl) : Das negative Vertragsinteresse als Schadensersatz aus unwirksamen Verträgen, Thèse Zurich 1929.
- SCHÖNENBERGER (Wilhelm) : Alternative Anwendbarkeit der Irrtumsvorschriften (OR 24) und der Bestimmungen über Gewährleistung beim Kauf (OR 197), SJZ 40 (1944), p. 305 ss.
- SCHÖNLE (Herbert) : Remarques sur la responsabilité causale du vendeur selon les art. 195 al. 1 et 208 al. 2 CO, SemJud 99 (1977) p. 465 ss.
- SCHUBIGER (Alfred) : Verhältnis der Sachgewährleistung zu den Folgen der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung (197 ff. OR — 97 ff. OR), Thèse Berne 1957, ASR N° 325.
- SCHWARZ (Andreas) : Türk Boçlar Hukukuna göre akdin ahlâli sebebiyle fesih (La résolution en raison de la violation du contrat selon le droit turc), Hommage à Ebül'ulk Mardin, Istanbul 1944, p. 759 ss.
- SCHWEIZER (U.) : Zum Rücktrittsrecht des Verkäufers, SJZ 9 (1912/13) p. 101 ss.
- SECRÉTAN (Roger) : Des droits du vendeur contre l'acheteur en demeure (en particulier la théorie dite de la différence appliquée aux ventes non commerciales), in JT 1947 p. 34 ss.
- SIMONIUS (August) : Über den Ersatz des « aus dem Dahinfallen des Vertrages » erwachsenen Schadens, RDS 37 (1918) p. 226 ss. (cité : Simonius).
- Der Kauf als Mittel der Übertragung und der Verletzung des Eigentums, Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Theo Guhl, Zurich 1950, p. 41 ss. (cité : Simonius, Festschrift).
- SOERGEL (H.), SIEBERT (W.), BALLERSTEDT (K.) : Bürgerliches Gesetzbuch, Band II : Schuldrecht (§§ 241-610), Stuttgart 1967.
- SPIRO (Karl) : Zur Haftung für gesundheitsschädigende Produkte, Festgabe Karl Oftinger, Zurich 1969, p. 255 ss.
- Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatafristen, Berne 1975 (cité : Spiro).
- STARK (Boris) : *Droit civil, Les obligations*, Paris 1972.
- STAUDINGER-KADUK : *Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, Band II : Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1 c, 11. Aufl. 1967.
- STEHLE (Alfons O.) : Die Haftung des Verkäufers für Rechtsmängel im schweizerischen OR unter vergleichender Berücksichtigung der Kodifikationen des 19. Jahrhunderts und besonders des BGB, Thèse Freiburg i.Br. 1933.
- TANDOGAN (Halûk) : La nullité, l'annulation et la résiliation partielles des contrats, Thèse Genève 1952 (cité : Tandogan).

- Rapport sur les différentes catégories d'inexécution des obligations conventionnelles et les sanctions qui y sont attachées en droit turco-suisse, Travaux de l'Association Henri Capitant, vol. XVII (1964), Paris 1968, p. 105-138 (cité : Tandogan, Travaux...).
- Théorie générale des obligations, Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève, N° 36, Genève 1972.
- TITZE (Heinrich) : Bürgerliches Recht, Recht der Schuldverhältnisse, 4. Aufl., Berlin 1948.
- TUHR (Andreas von) : Streifzüge im revidierten Obligationenrecht, SJZ 18 (1921/22) p. 365 ss., 383 ss. (cité : von Tuhr, SJZ 18 (1921/22)).
- Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Zurich 1924-1925, trad. fr. par de Torrente et Thilo, 2^e éd., Lausanne 1933-1934.
- TUHR (Andreas von), PETER (Hans) : Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Band I (1. Lieferung), Zurich 1974.
- TUHR (Andreas von), ESCHER (Arnold) : Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Band II, Zurich 1974.
- TUHR (Andreas von), SIEGWART (Alfred) : Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Zurich 1942.
- VOSER (Fritz) : Der Schuldnerverzug im schweizerischen Obligationenrecht, Thèse Zurich 1914.
- WEBER (Hans) : Frist zur Klage bei Mängeln und absichtlicher Täuschung, SJZ 52 (1956) p. 116.
- WEILL (Alex), TERRE (François) : Droit civil, Les obligations, 2^e éd., Paris 1975.
- WEISS (Gottfried) : Das Verhältnis der sachenrechtlichen Bestimmungen über den Schutz des gutgläubigen Erwerbs zur Entwehrung und Mängelhaftung beim Wertpapierkauf, Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Theo Guhl, Zurich 1950, p. 141 ss.
- WIEMKEN (Helmuth) : Rücktritt und Schadenersatz als Folgen der Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen, Thèse Bâle 1931 (dactylographiée).
- WINIGER (Otto) : Zusicherung und Haftung nach Art. 197 ff. Obligationenrecht, Thèse Berne 1952.
- WITSCHI (Hans) : Garantieklauseln und Garantiefristen im Kauf, Thèse Berne 1950.
- YUNG (Walter) : Note sur la résolution de vente en cas de demeure de l'acheteur et ses conséquences ; note sur l'arrêt Noba S.A. c. AG für chemische Produkte du 22 novembre 1939, ATF 65 (1939) II 171 = SemJud 62 (1940) p. 431 ss., SemJud 62 (1940), p. 439-442 = Etudes et articles, Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève N° 32, Genève 1971, p. 324-327.
- YUNG (Walter) : La responsabilité contractuelle envers les tiers lésés, Etude et Articles, Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève N° 32, Genève 1971, p. 324 ss. (cité : Yung, Responsabilité...).

TABLE DES MATIÈRES

TABLE DES ABRÉVIATIONS	IX
----------------------------------	----

PREMIÈRE PARTIE :

LA RÉSOLUTION

Introduction	3
Chapitre premier. — <i>Aperçu historique</i>	5
A) Le droit romain	5
I. <i>Le droit de résolution</i>	5
II. <i>La lex commissoria</i>	6
B) Le droit canonique	7
C) Le droit français	9
I. <i>L'institutionnalisation du droit de résolution</i>	8
II. <i>Interprétation de l'art. 1184 Code civil</i>	3
III. <i>Fondement du droit de résolution</i>	9
D) Le droit allemand	10
I. <i>La résolution avant le BGB</i>	10
II. <i>La résolution dans les travaux préparatoires du BGB</i>	11
1. <i>Le premier projet</i>	11
2. <i>Le second projet</i>	11
E) Le droit suisse	12
I. <i>Le Code des obligations de 1881</i>	12

II. <i>Le Code des obligations de 1911</i>	12
1. Le projet de 1905	12
2. Le projet de 1909	12
Chapitre II. — <i>Le droit de résolution</i>	14
A) Notion	14
I. <i>Droit formateur</i>	14
II. <i>Acte juridique soumis à la réception</i>	14
1. La résolution en tant qu'acte juridique	15
2. Acte juridique soumis à réception	16
II. <i>Forme de la déclaration de résolution</i>	16
1. Absence de forme	16
2. Interprétation de la déclaration de résolution	17
B) La résolution judiciaire	18
I. <i>Aperçu du droit français</i>	18
1. L'art. 1184 Code civil	18
2. La résolution de plein droit en droit français	19
II. <i>Critique de la résolution judiciaire</i>	19
1. Avantages de la résolution judiciaire	19
2. Inconvénients de la résolution judiciaire	20
Chapitre III. — <i>Les effets de la résolution sur les prestations effectuées</i>	21
A) Les effets sur le transfert de propriété	21
I. <i>La rétroactivité</i>	21
II. <i>Effets réels ou effets personnels</i>	22
1. Effets réels de la résolution	22
2. Effets personnels de la résolution	23
B) La restitution des prestations	24
I. <i>Libération pour les prestations non encore exécutées</i>	25
II. <i>La retransmission de la propriété sur la chose</i>	25

III. <i>Restitution de l'argent</i>	26
IV. <i>Simultanéité des prestations</i>	27
V. <i>Prescription</i>	27
Chapitre IV. — <i>Délimitation terminologique</i>	29
A) Résolution et résiliation	29
B) Résolution et révocation	30
C) Résolution et invalidation	31
D) Résolution et nullité de plein droit	32
E) Résolution et condition résolutoire	33
Chapitre V. — <i>Réparation du dommage en cas de résolution</i>	35
A) Introduction	35
I. <i>Le droit français</i>	35
II. <i>Le droit allemand</i>	36
III. <i>Le droit suisse</i>	37
B) Réparation de l'intérêt positif	39
I. <i>Notion de l'intérêt positif</i>	39
II. <i>Contenu de l'intérêt positif</i>	40
1. Le dommage positif	40
2. Le gain manqué	40
III. <i>Application de l'intérêt positif à la résolution</i>	41
1. La position de la doctrine	42
2. Critiques	42
C) Réparation de l'intérêt négatif	44
I. <i>Notion</i>	44
II. <i>Le fondement de l'intérêt négatif</i>	45
1. Le « Vertrauensschaden »	45
2. La violation d'une obligation contractuelle	45

III. <i>Contenu de l'intérêt négatif</i>	47
1. Le dommage positif	47
2. Le gain manqué	48
IV. <i>Solution</i>	50
D) Limitation de l'intérêt négatif	51
I. <i>La position de la doctrine</i>	51
II. <i>Critiques</i>	52

DEUXIÈME PARTIE :

LA DEMEURE DU DÉBITEUR

Introduction	58
Chapitre premier. — <i>La demeure du débiteur et la demeure du créancier</i>	59
A) La demeure du débiteur	59
I. <i>Le sens de la demeure</i>	59
II. <i>Le retard dans l'exécution des obligations</i>	63
1. Les obligations du vendeur	63
2. Les obligations de l'acheteur	63
B) La demeure du créancier	65
I. <i>Notion</i>	65
II. <i>Le droit de résolution dans la demeure du créancier</i> ..	66
Chapitre II. — <i>La résolution et la demeure du vendeur</i>	68
A) La vente civile	68
I. <i>Les conditions de la résolution du contrat</i>	68
1. La demeure du débiteur dans un contrat synallagmatique	68
2. Le délai supplémentaire d'exécution	69
3. La déclaration de résolution	76

II. <i>Les effets de la résolution</i>	80
B) La vente commerciale	82
I. <i>La notion de vente commerciale</i>	82
II. <i>La présomption légale</i>	82
III. <i>Le droit de résolution</i>	85
Chapitre III. — <i>La résolution et la demeure de l'acheteur</i>	88
A) La résolution du contrat	88
I. <i>Les ventes au comptant ou à paiement préalable</i>	88
1. Les conditions de résolution	88
2. Les effets de la résolution	90
II. <i>Les ventes à crédit</i>	91
B) L'action du vendeur en dommages-intérêts pour l'inexécution	92
Chapitre IV. — <i>La résolution du contrat et les autres cas d'inexécution des obligations contractuelles</i>	97
A) L'impossibilité d'exécution	97
B) L'exécution imparfaite	99
I. <i>Généralités</i>	99
1. La mauvaise exécution	100
2. La violation positive du contrat	100
3. L'exécution défectueuse	102
II. <i>Le droit de résolution</i>	102

TROISIÈME PARTIE :

L'ACTION RÉDHIBITOIRE

Chapitre premier. — <i>La garantie en raison des défauts de la chose</i>	105
A) Aperçu historique	105
B) Signification et nature juridique	106
I. <i>Signification</i>	106
II. <i>Nature juridique</i>	107

C) Conditions de fond et d'exercice de la garantie	109
I. <i>Les conditions de fond</i>	109
1. L'existence d'un défaut	109
2. L'ignorance de l'acheteur	111
II. <i>Les conditions d'exercice de la garantie</i>	112
1. La vérification de la marchandise	112
2. L'avis des défauts	113
D) Les actions édiliciennes	114
II. <i>L'action rédhibitoire</i>	114
II. <i>L'action en réduction de prix</i>	115
III. <i>L'action tendant au remplacement de la chose vendue</i> ..	115
Chapitre II. — <i>La résolution</i>	117
A) L'action rédhibitoire	117
B) Le droit d'option de l'acheteur	118
I. <i>Nature juridique du droit d'option</i>	118
II. <i>Exercice et extinction du droit d'option</i>	119
C) La résolution en cas de perte de la chose	121
D) Les limites du choix de l'acheteur	122
I. <i>L'appréciation du juge</i>	122
II. <i>La perte de la chose vendue</i>	124
1. La destruction fautive de la chose	124
2. La détérioration fautive de la chose vendue	124
3. L'aliénation ou la transformation de la chose vendue	125
E) La résolution partielle	126
I. <i>Le principe de la résolution partielle</i>	126
II. <i>Les exceptions au principe de la résolution partielle</i> ..	127
1. Les choses ou pièces homogènes	127
2. Les choses principales et les choses accessoires ..	127
III. <i>Le contrat de vente à livraisons successives</i>	129

Chapitre III. — <i>Les effets de la résolution</i>	130
A) La remise de la chose avec profit	130
I. <i>La restitution de la chose</i>	130
II. <i>La remise des profits de la chose</i>	131
B) La restitution du prix avec intérêts	133
C) Le remboursement des impenses	134
D) Les frais de procès	134
Chapitre IV. — <i>Les dommages-intérêts</i>	136
A) Introduction	136
I. <i>L'intérêt positif et l'intérêt négatif</i>	136
II. <i>Damnum emergens et lucrum cessans</i>	137
III. <i>Dommage direct et dommage indirect</i>	137
B) La réparation du dommage direct	140
I. <i>Le fondement de la responsabilité du vendeur</i>	140
II. <i>Intérêt positif ou intérêt négatif</i>	141
III. <i>Damnum emergens ou lucrum cessans ?</i>	142
1. Le <i>damnum emergens</i>	142
2. Le <i>lucrum cessans</i>	143
C) La réparation du dommage indirect	145
I. <i>Intérêt positif ou intérêt négatif</i>	145
II. <i>Damnum emergens ou lucrum cessans</i>	148
1. Le <i>damnum emergens</i>	148
2. Le <i>lucrum cessans</i>	148
D) Application par analogie de l'art. 208 al. 2 et 3 CO à l'action minutoire ?	149
I. <i>La position de la doctrine</i>	150
II. <i>Critiques</i>	153
E) Responsabilité du fait des produits	154

Chapitre V. — <i>La prescription</i>	158
A) Le délai légal de prescription	158
I. <i>Etendue de la prescription</i>	158
II. <i>Durée et commencement de la prescription</i>	159
III. <i>Suspension et interruption de la prescription</i>	160
IV. <i>Modification du délai de prescription</i>	161
B) L'interprétation du délai de garantie	162
I. <i>Le délai de garantie est plus long que le délai de prescription</i>	162
II. <i>Le délai de garantie est plus court que le délai de prescription</i>	163
III. <i>Le délai de garantie ne modifie pas le délai de prescription</i>	164
C) Les exceptions de l'acheteur dérivant des défauts de la chose	164
D) Le délai de prescription en cas de dol du vendeur	166
Chapitre VI. — <i>La livraison d'un aliud</i>	168
A) La notion d'aliud	168
B) La livraison d'un aliud dans la vente d'un corps certain ..	169
C) La livraison d'un aliud dans la vente d'objets déterminés par leur genre	172
I. <i>La controverse doctrinale</i>	172
II. <i>Critiques</i>	173
1. L'interprétation littérale et l'interprétation téléologique de l'art. 197 al. 1 CO	174
2. Solution	176
Chapitre VII. — <i>Concours de l'action rédhibitoire avec d'autres actions</i>	179
A) Les actions fondées sur l'erreur	179
I. <i>L'erreur dans la déclaration</i>	179
II. <i>L'erreur sur les motifs</i>	179
1. La position de la doctrine	180
2. Critiques	182

B) Les actions découlant de l'art. 97 CO	185
I. <i>Position du problème</i>	185
II. <i>Le concours</i>	185
C) Les actions fondées sur l'art. 41 CO	188
I. <i>La livraison d'une chose défectueuse en tant qu'acte illicite</i>	188
II. <i>Le concours</i>	189

QUATRIÈME PARTIE :

CONSIDÉRATIONS SUR LA GARANTIE
EN CAS D'ÉVICTION

Chapitre premier. — <i>La garantie en cas d'éviction</i>	195
A) Notion	195
B) Nature juridique	197
I. <i>L'obligation de transférer la propriété</i>	197
II. <i>Sanction de l'inexécution de l'obligation de transférer la propriété</i>	198
C) Importance pratique des dispositions sur l'éviction	200
D) Les conditions de l'action en garantie	201
I. <i>Les conditions de fond</i>	201
II. <i>Les conditions d'exercice</i>	203
Chapitre II. — <i>Le droit de résolution</i>	206
A) La résolution du contrat	206
I. <i>L'éviction totale</i>	206
II. <i>L'éviction partielle</i>	207
B) Les effets de la résolution	208
I. <i>La restitution du prix payé avec déduction des profits</i>	208
II. <i>Le remboursement des impenses</i>	209
III. <i>Le remboursement des frais de procès</i>	210

IV. <i>Les dommages-intérêts</i>	210
1. La réparation du dommage direct	211
2. La réparation du dommage indirect	212
Chapitre III. — <i>Concours entre l'action en garantie en cas d'éviction et d'autres actions</i>	215
A) Les règles générales sur l'inexécution des obligations (art. 97 ss. CO)	215
I. <i>L'impossibilité initiale subjective et définitive d'exécution</i>	215
1. La sanction de l'inexécution des obligations du vendeur	215
2. La responsabilité causale du vendeur	217
II. <i>La présomption de résolution</i>	224
III. <i>Conclusion</i>	226
B) Les dispositions sur l'erreur	228
I. <i>L'erreur sur les motifs</i>	228
II. <i>Solution</i>	229
1. Invalidation du contrat par l'acheteur	229
2. Invalidation du contrat par le vendeur	230
CONCLUSION	233
BIBLIOGRAPHIE	235

ACHEVÉ D'IMPRIMER

AUX « PRESSES DE SAVOIE », AMBILLY-ANNEMASSE (H.-S.),

EN NOVEMBRE 1979

